

الجزء الاول

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضي أبي الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي
الشهير (بابن رشد الحفيد) المتوفى
سنة ٥٩٥ هجرية رحمه
الله تعالى

الطبعة الاولى

على نفقة شركة المطبوعات العربية

طبعت على النسخة المولوية بعد أن تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الأستاذ
الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الأزهر على النسخة الخطية
المحفظة بدار كتب شعادة أحمد بك تيمور

إدارة شركة المطبوعات العربية بفمباب البحري

بيروت مصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أما بعد حمد الله بجميع محامده والصلاة والسلام على محمد رسوله وآله وأصحابه فإن غرضي في هذا الكتاب ان أثبت فيه لنفسى على جهة التذكيرة من مسائل الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها والتنبيه على نكت الخلاف فيها ما يجرى مجرى الأصول والقواعد لما عسى ان يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها في الشرع وهذه المسائل في الاكثر هي المسائل المنطوق بها في الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريبا وهي المسائل التي وقع الاتفاق عليها أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الاسلاميين من لدن الصحابة رضي الله عنهم الى أن فشا التقليد . وقبل ذلك فلنذكر كم أصناف الطرق التي تتلقى منها الاحكام الشرعية وكم أصناف الاحكام الشرعية وكم أصناف الاسباب التي أوجبت الاختلاف بأوجز ما يمكننا في ذلك فنقول .

إن الطرق التي منها تلقيت الاحكام عن النبي عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة إما لفظ وإما فعل وإما اقرار وأما ماسكت عنه الشارع من الاحكام فقال الجمهور إن طريق الوقوف عليه هو القياس وقال أهل الظاهر القياس في الشرع باطل وماسكت عنه الشارع فلا حكم له ودليل العقل يشهد بثبوته وذلك ان الوقائع بين أشخاص الانامى غير متناهية والصوص والافعال والاقراءات متناهية ومحال ان يقابل مالا يتناهى بماله يتناهى وأصناف الالفاظ التي يتلقى منها الاحكام من السمع أربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه . أما الثلاثة المتفق عليها فلفظ عام يحمل على عمومه أو خاص يحمل على خصوصه أو لفظ عام يراد به الخصوص أو لفظ خاص يراد به العموم وفي هذا يدخل التنبيه بالأعلى على الأدنى وبالأدنى على الأعلى وبالمساوى على المساوى فمثال الاول قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) فان المسلمين اتفقوا على أن لفظ الخنزير متناول لجميع أصناف الخنازير مالم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء . ومثال العام يراد به الخواص قوله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) فان المسلمين اتفقوا على أن ليست الزكاة واجبة في جميع أنواع الاموال . ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى (فلا تقل لها أف) وهو من باب التنبيه

بالادنى على الاعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك وهذه إما أن يأتى المستدعى بها فعلة بصيغة الامر وإما أن يأتى بصيغة الخبر يراد به الامر وكذلك المستدعى تركه إما أن يأتى بصيغة النهى وإما أن يأتى بصيغة الخبر يراد به النهى وإذا أنت هذه الالفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب أو على الندب على ما سيقال في حد الواجب والمندوب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على أحدهما فيه بين العلماء خلاف مذكور في كتب أصول الفقه وكذلك الحال في صيغ النهى هل تدل على الكراهية أو التحريم أو لاتدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور أيضا . والاعيان التى يتعلق بها الحكم إما أن يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط وهو الذى يعرف في صناعة أصول الفقه بالنص ولا خلاف في وجوب العمل به وإما أن يدل عليها بلفظ يدل على أكثر من معنى واحد وهذا قسمان إما أن تكون دلالة على تلك المعانى بالسواء وهو الذى يعرف في أصول الفقه بالجمل ولا خلاف في أنه لا يوجب حكما وإما أن تكون دلالة على بعض تلك المعانى أكثر من بعض وهذا يسمى بالاضافة الى المعانى التى دلالة عليها أكثر ظاهرا ويسمى بالاضافة الى المعانى التى دلالة عليها أقل احتملا وإذا ورد مطلقا حمل على تلك المعانى التى هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء في أقاويل الشارع لكن ذلك من قبل ثلاثة معان ، من قبل الاشتراك في لفظ العين الذى علق به الحكم ، ومن قبل الاشتراك في الالف واللام المقرونة بجنس ذلك العين هل أريد بها الكل أو البعض ، ومن قبل الاشتراك الذى في ألفاظ الأوامر والنواهي . وأما الطريق الرابع فهو أن يفهم من ايجاب الحكم لشيء ما نفى ذلك الحكم عما عدى ذلك الشيء أو من نفى الحكم عن شيء ما ايجابه لما عدى ذلك الشيء الذى نفى عنه وهو الذى يعرف بدليل الخطاب وهو أصل مختلف فيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام : في سائمة الغنم الزكاة فإن قوما فهموا منه أن لازكاة في غير السائمة . وأما القياس الشرعى فهو إلحاق الحكم الواجب لشيء ما بالشرع بالشيء المسكوت عنه لشبهه بالشيء الذى أوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعلامة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعى صنفين ، قياس شبهة ، وقياس علة والفرق بين القياس الشرعى واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذى أريد به الخاص فيلحق به غيره أعنى أن المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذى بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تلييه اللفظ ليس بقياس وإنما هو من باب دلالة اللفظ وهذان الصنفان يتقاربان جدا لانهما إلحاق مسكوت عنه بمنطوق به وهما يلتبسان على الفقهاء كثيرا جدا فنال

القياس إلحاق شارب الحمر بالقاذف في الحد والصدّاق بالمصاب في القطع وأما إلحاق الربويات بالمقتات أو بالمكيل أو بالمطعم فمن باب الخاص أريد به العام فتأمل هذا فان فيه غموضاً والجنس الأول هو الذي ينبغي للظاهريّة أن تنازع فيه وأما الثاني فليس ينبغي لها أن تنازع فيه لانه من باب السمع والذي يرد ذلك يرد نوعاً من خطاب العرب . وأما الفعل فانه عند الأكثر من الطرق التي تتلقى منها الأحكام الشرعية وقال قوم الأفعال ليست تفيد حكماً اذ ليس لها صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الأحكام اختلفوا في نوع الحكم الذي تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمختار عند المحققين أنها ان أنت بيانا لمجمل واجب دلت على الوجوب وان أنت بيانا لمجمل مندوب اليه دلت على الندب وان لم تأت بيانا لمجمل فان كانت من جنس القربة دلت على الندب وان كانت من جنس المباحات دلت على الإباحة وأما الإقرار فانه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التي تتلقى منها الأحكام أو تستنبط وأما الإجماع فهو مستند الى احد هذه الطرق الأربعة الا أنه اذا وقع في واحد منها ولم يكن قطعياً نقل الحكم من غلبة الظن الى القطع وليس الإجماع أصلاً مستقلاً بذاته من غير استناده الى واحد من هذه الطرق لانه لو كان كذلك لكان يقتضى إثبات شرع زائد بعد النبي صلى الله عليه وسلم إذ كان لا يرجع الى أصل من الأصول المشروعة وأما المعاني المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للمكلفين فهي بالجملة اما امر بشيء واما نهى عنه واما تخيير فيه والامر إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمي واجباً وإن فهم منه الثواب على الفعل والتفاء العقاب مع الترك سمي ندباً والنهى أيضاً إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمي محرمًا ومحظوراً وإن فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمي مكروها فتكون أصناف الأحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومخير فيه وهو المباح وأما أسباب الاختلاف بالجنس فسته ، أحدها تردد الالفاظ بين هذه الطرق الأربع أعني بين أن يكون اللفظ عاماً يراد به الخاص او خاصاً يراد به العام أو عاماً يراد به العام أو خاصاً يراد به الخاص أو يكون له دليل خطاب أو لا يكون له ، والثاني الاشتراك الذي في الالفاظ وذلك اما في اللفظ المفرد كلفظ القرء الذي ينطلق على الاطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الامر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهي هل يحمل على التحريم او الكراهية وإما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى (الا الذين تابوا) فانه يحتمل ان يعود على الفاسق فقط ويحتمل ان يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق

ومحيزة شهادة القاذف ، والثالث اختلاف الاعراب ، والرابع تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو حمله على نوع من أنواع المجاز التي هي إما الحذف وإما الزيادة وإما التقديم وإما التأخير وإما ترده على الحقيقة أو الاستعارة ، والخامس اطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل اطلاق الرقبة في العنق تارة وتقييدها بالايمن تارة ، والسادس التعارض في الشبهين في جميع أصناف الالفاظ التي يتلقى منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الافعال أو في الاقرارات أو تعارض القياسات أنفسها أو التعارض الذي يتركب من هذه الاصناف الثلاثة أغنى معارضة القول للفعل أو للاقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس (قال) القاضي رضى الله عنه واذ قد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله وانبدأ من ذلك بكتاب الطهارة على عادتهم فنقول :

﴿ كتاب الطهارة من الحدث ﴾

انه اتفق المسلمون على ان الطهارة الشرعية طهارتان طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل وبديل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة في ذلك فلنبداً من ذلك بالقول في الوضوء فنقول

﴿ كتاب الوضوء ﴾

ان اقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب والباب الاول في الدليل على وجوبها وعلى من تجب ومتى تجب ، الثاني في معرفة أفعالها ، الثالث في معرفة ما به تفعل وهو الماء ، الرابع في معرفة نواقضها ، الخامس في معرفة الاشياء التي تفعل من أجلها

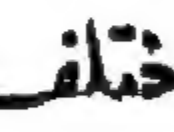
﴿ الباب الاول ﴾

فاما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) الآية فانه اتفق المسلمون على أن أمثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها . وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذان الحديثان ثابتان عند أئمة النقل . وأما الاجماع فانه لم ينقل عن أحد من المسلمين

في ذلك خلاف ولو كان هناك خلاف لنقل اذ العادات تقتضى ذلك وأما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضا ثابت بالسنة والاجماع . أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام - رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتمل والمجنون حتى يفيق - وأما الاجماع فانه لم ينقل في ذلك خلاف واحتلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا وهي مسألة قليلة الغناء في الفقه لانها راجعة الى الحكم الاخرى . وأما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة أو أراد الانسان الفعل الذى الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقا بوقت . أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت . وأما دليل وجوبه عند ارادة الافعال التى هي شرط فيها فسيأتى ذلك عند ذكر الاشياء التى يفعل الوضوء من أجلها واختلاف الناس في ذلك .

الباب الثانى

وأما معرفة فعل الوضوء فالاصل فيه ما ورد من صفته في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين) وما ورد من ذلك أيضا في صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الآثار الثابتة وتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة تجرى مجرى الامهات وهي راجعة الى معرفة الشروط والاركان وصفة الافعال وأعدادها وتحديد محلها وتعيينه وأنواع أحكام جميع ذلك .

المسئلة الاولى من الشروط  اختلف علماء الامصار هل النية شرط في صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات لقوله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) ولقوله صلى الله عليه وسلم . أما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى أنها شرط وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد وأبى ثور وداود وذهب فريق آخر الى أنها ليست بشرط وهو مذهب أبى حنيفة والثورى . وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون عبادة محضة أعنى غير معقولة المعنى وإنما يقصد بها القرية فقط كالصلاة وغيرها وبين ان يكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فانهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك لانه يجمع عبادة ونظافة والفقهاء ينظر بأيهما هو أقوى شبها فيلحق به

• (المسئلة الثانية من الاحكام) • اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل ادخالها في اناء الوضوء فذهب قوم الى أنه من سنن الوضوء باطلاق وان تيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك والشافعي وقيل أنه مستحب للشاك في طهارة يده وهو أيضا مروى عن مالك وقيل بأن غسل اليد واجب على المتنبه من النوم وبه قال داود وأصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فأوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه في نوم النهار وبه قال أحمد فتحصل في ذلك أربعة أقوال قول إنه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول إنه واجب على المتنبه من النوم وقول إنه واجب على المتنبه من نوم الليل دون نوم النهار . والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم من مفهوم الثابت من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يديه قبل أن يدخلها الاناء فان أحدكم لا يدري أين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثا فمن لم يرب بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما في آية الوضوء معارضة وبين آية الوضوء حمل لفظ الامر هاهنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضا من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أوجب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وإنما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهارا أو ليلا ومن رأى أن بين هذه الزيادة والآية تعارضا إذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده أن يخرج لفظ الامر عن ظاهره الذي هو الوجوب الى الندب ومن تأكد عنده هذا الندب لم يابرنه عليه الصلاة والسلام على ذلك قال أنه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا الندب قال ان ذلك من جنس المندوب المستحب وهؤلاء غسل اليد عندهم بهذه الحال اذا تيقن طهارتها أغنى عن يقول أن ذلك سنة ومن يقول أنه ندب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده أن يكون من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده مندوبا للمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعلهم من باب الخاص أريد به العلم كان ذلك عنده للشاك لأنه في معنى النائم . والظاهر من هذا الحديث أنه لم يقصد به حكم اليد في الوضوء وإنما قصد به حكم الماء الذي يتوضأ به اذا كان الماء مشروطا فيه بالطهارة . وأما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل ادخالهما في الاناء في أكثر أحيانه فيحتمل أن يكون من حكم اليد على أن يكون غسلها في الابتداء من أفعال الوضوء ويحتمل أن يكون من حكم الماء أغنى أن لا ينجس أو يقع فيه شك ان ثلثا ان الشك مؤثر .

• (المسئلة الثالثة من الاركان) • اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة أقوال :

قول انهما سلتان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ، وقول أنها فرض فيه وبه قال ابن أبي ليلى وجماعة من أصحاب داود، وقول ان الاستنشاق فرض والمضمضة سنة وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وجماعة من أهل الظاهر . وسبب اختلافهم في كونها فرضاً أو سنة اختلافهم في السنن الواردة في ذلك هل هي زيادة تقتضي معارضة آية الوضوء أولاً تقتضي ذلك فمن رأى أن هذه الزيادة ان حملت على الوجوب اقتضت معارضة الآية اذ المقصود من الآية تأصيل هذا الحكم وتبيينه أخرجهما من باب الوجوب الى باب الندب ومن لم ير أنها تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عنده هذه الأقوال والأفعال في حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولاً على الوجوب والفعل محمولاً على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك ان المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من أمره وأما الاستنشاق فمن أمره عليه الصلاة والسلام وفعله وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه ماء ثم يلمس به من استجبر فليوتر أخرجه مالك في موطأه والبخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة .

(المسئلة الرابعة من تحديد المحال) اتفق العلماء على ان غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) واختلفوا منه في ثلاثة واضع في غسل اليأس الذي بين العذار والأذن وفي غسل ما انسدل من اللحية وفي تخليل اللحية ، فالجمهور من مذهب مالك انه ليس اليأس الذي بين العذار والأذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين الأمر والملتحى فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة أقوال وقال أبو حنيفة والشافعي هو من الوجه . وأما ما انسدل من اللحية فذهب مالك الى وجوب امرار الله عليه ولم يوجب أبو حنيفة ولا الشافعي في احد قولي . وسبب اختلافهم في هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين اعنى هل يتناولهما او لا يتناولهما وإما تخليل اللحية فذهب مالك انه ليس واجباً وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الوضوء وأوجب ابن عبد الحكم من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الآثار التي ورد فيها الأمر بتخليل اللحية والأكثر على انها غير صحيحة مع ان الآثار الصحاح التي ورد فيها صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام ليس في شيء منها التخليل .

(المسئلة الخامسة من التحديد) اتفق العلماء على ان غسل اليدين والقدمين من فروض الوضوء لقوله تعالى (وايدىكم الى المرافق) واختلفوا في ادخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة الى وجوب ادخالها وذهب بعض أهل الظاهر وبعض متأخري أصحاب مالك والطبري الى انه لا يجب ادخالها في الغسل . والسبب في اختلافهم في ذلك

الاشتراك الذي في حرف الى وفي اسم اليد في كلام العرب وذلك ان حرف الى مرة يدل في كلام العرب على الغاية ومرة يكون بمعنى مع ، واليد أيضا في كلام العرب تطلق على ثلاثة معان ؛ على الكف فقط ؛ وعلى الكف والذراع ؛ وعلى الكف والذراع والمضد . فمن جعل الى بمعنى مع أوفهم من اليد مجموع الثلاثة الاعضاء أوجب دخولها في الغسل ومن فهم من الى الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحد عنده داخلا في المحدود لم يدخلها في الغسل وخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع في المضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق ثم غسل اليسرى كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة لقول من أوجب ادخلهما في الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء وجب ان لا يصار الى أحد المعنيين الا بدليل وان كانت الى في كلام العرب أظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد أظهر فيما دون المضد منه فيما فوق المضد فقول من لم يدخلهما من جهة الدلالة اللفظية أرجح وقول من أدخلهما من جهة هذا الاثر ابين الا ان يحمل هذا الاثر على النذب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذى الغاية دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه .

(المسئلة السادسة من التحديد) اتفق العلماء على ان مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا في القدر المجزئ منه فذهب مالك الى ان الواجب مسحه كله وذهب الشافعي وبعض أصحاب مالك وابوخنيفة الى ان مسح بعضه هو الفرض ومن أصحاب مالك من حد هذا البعض بالثلث ومنهم من حده بالثلثين واما ابوحنيفة فحده بالربع وحد مع هذا القدر من اليد الذي يكون به المسح فقال ان مسحه بأقل من ثلاثة اصابع لم يجزه . واما الشافعي فلم يحدد في المساح ولا في المسوح حداً وأصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى (تبت بالدهن) على قراءة من قرأ تبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ومرة تدل على التبعض مثل قول القائل أخذت بثوبه وبعضه ولا معنى لانكار هذا في كلام العرب أعني كون الباء مبغضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة اوجب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة هاهنا كونها مؤكدة ومن رآها مبغضة اوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة ان النبي عليه الصلاة والسلام توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وان سلمنا ان الباء زائدة بقي هاهنا ايضا احتمال آخر وهو هل الواجب الأخذ بأوائل الاسماء او بأواخرها .

(المسئلة السابعة من الاعداد) اتفق العلماء على ان الواجب من طهارة الاعضاء المغسولة

هو مرة مرة اذا اسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليهما لما صح انه صلى الله عليه وسلم
توضاً مرة مرة وتوضاً مرتين مرتين وتوضاً ثلاثاً ثلاثاً ولان الامر ليس يقتضى الا
الفعل مرة مرة أعنى الامر الوارد في النسل في آية الوضوء واختلفوا في تكرير مسح
الرأس هل هو فضيلة أم ليس في تكريره فضيلة فذهب الشافعى الى انه من توضاً
ثلاثاً ثلاثاً مسح رأسه أيضاً ثلاثاً وأكثر الفقهاء يرون ان المسح لافضيلة في تكريره . وسبب
اختلافهم في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد اذا أنت من
طريق واحد ولم يروها الاكثر وذلك ان أكثر الاحاديث التي روى فيها أنه توضاً ثلاثاً
ثلاثاً من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها الا انه مسح واحدة فقط وفي بعض الروايات
عن عثمان في صفة وضوئه أنه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثاً وعضد الشافعى
وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ما روى أنه عليه الصلاة والسلام توضاً مرة
مرة ومرتين مرتين وثلاثاً ثلاثاً وذلك ان المفهوم من عموم هذا اللفظ وان كان من
لفظ الصحابي هو حمله على سائر أعضاء الوضوء الا أنت هذه الزيادة ليست في
الصحيحين فان صححت يجب المصير اليها لان من سكت عن شيء ليس هو بحجة على من
ذكره وأكثر العلماء أوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياساً على سائر الأعضاء وروى
عن ابن الماجشون أنه قال اذا نفذ الماء مسح رأسه ببلل لحته وهو اختيار ابن حبيب
ومالك والشافعى واستحب في صفة المسح ان يبدأ بمقدم رأسه فيمر يديه الى قفاه ثم
يردها الى حيث بدأ على ما في حديث عبد الله بن زيد الثابت وبعض العلماء يختار ان
يبدأ من مؤخر الرأس وذلك ايضا مروى من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام
من حديث الربيع بنت معوذ الا انه لم يثبت في الصحيحين .

(المسئلة الثامنة من تعيين الحال) * اختلف العلماء في المسح على العمامة فأجاز ذلك
احمد بن حنبل وابو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك
والشافعى وأبو حنيفة وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالاثار الواردة في
ذلك من حديث المغيرة وغيره انه عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياساً على
الحنف ولذلك اشترط أكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما رده من رده اما لانه لم يصح
عنده واما لان ظاهر الكتاب عارضه عنده أعنى الامر فيه بمسح الرأس واما لانه لم يشتهر العمل
به عند من يشترط اشتهاار العمل فيما نقل من طريق الآحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم من
مذهب مالك أنه يراعى اشتهاار العمل وهو حديث خرجه مسلم وقال فيه أبو عمر بن عبد البر انه
حديث معلول وفي بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض
العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجمع الاصل والبدل في فعل واحد

(المسئلة التاسعة من الاركان) اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة أو فريضة وهل يجدد لهما الماء أم لا فذهب بعض الناس الى أنه فريضة وأنه يجدد لهما الماء ومن قال بهذا القول جماعة من اصحاب مالك ويتأولون مع هذا أنه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الرأس وقال أبو حنيفة وأصحابه مسحهما فرض كذلك (١) الا انهما يمسحان مع الرأس بماء واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول جماعة أيضا من اصحاب مالك ويتأولون أيضا أنه قوله لما روى عنه أنه قال حكم مسحهما حكم المضمضة . وأصل اختلافهم في كون مسحهما سنة أو فرضا اختلافهم في الآثار الواردة بذلك أعني مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هي زيادة على ما في الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما ان يحمل على الذب لما كان التعارض الذي يتخيل بينهما وبين الآية ان حملت على الوجوب أم هي مينة للعجل الذي في الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس في الوجوب فمن أوجبها جعلها مينة للعجل الكتاب ومن لم يوجبها جعلها زائدة كالمضمضة . والآثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت في الصحيحين فهي قد اشتهر العمل بها . وأما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسيبه تردد الاذنين بين ان يكونا عضوا مفردا بذاته من أعضاء الوضوء أو يكون جزءا من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع الوجه وذهب آخرون الى أنه يمسح باطنهما مع الرأس . ويفصل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين أن يكون جزءا من الوجه أو جزءا من الرأس وهذا لا معنى له مع اشتهار الآثار في ذلك بالمسح واشتغال العمل به . والشافعي يستحب فيهما التكرار كما يستحب في مسح الرأس .

(المسئلة العاشرة من الصفات) اتفق العلماء على ان الرجلين من أعضاء الوضوء . واختلفوا في نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالنوعين الغسل والمسح وان ذلك راجع الى اختيار المكلف . وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان في آية الوضوء أعني قراءة من قرأ وأرجلكم بالنصب عطفا على المغسول وقراءة من قرأ وأرجلكم بالخفض عطفا على المسح وذلك أن قراءة النصب ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل فمن ذهب الى ان فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر احدي القراءتين على القراءة الثانية وصرف بالتأويل ظاهر القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة انتي ترجحت عنده ومن اعتقد ان دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرهما على السواء وانه

(١) انظر هذا فان المقرر في مذهب أبي حنيفة ان مسحهما سنة لا فرض

ليست احداها على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضا جمل ذلك من الواجب
الخبر ككفارة اليمين وغير ذلك وبه قال الطبري وداود والجمهور تأويلات في قراءة
الحفص أجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى اذ كان ذلك موجودا في كلام
العرب مثل قول الشاعر :

(لعب الزمان بها وغيرها * بعدى سوا في المور والقطر)

بالحفص ولو عطف على المعنى لرفع انقطر وأما الفريق الثاني وهم الذين أوجبوا المسح
فانهم تأولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر :

* فلسنا بالحيل ولا الحديد * وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه
عليه الصلاة والسلام اذ قال في قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم في الوضوء : ويل للاعقاب
من النار قالوا فهذا يدل على ان الغسل هو الفرض لان الواجب هو الذي يتعلق
بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه إنما وقع الوعيد على أنهم تركوا أعقابهم
دون غسل ولا شك ان من شرع في الغسل ففرضه الغسل في جميع القدم كما ان من
شرع في المسح ففرضه المسح عند من يخبر بين الامرين -

وقد يدل على هذا ما جاء في أثر آخر خرجه أيضا مسلم أنه قال : فجئنا نمسح على
أرجلنا فنأدى ويل للاعقاب من النار وهذا الاثر وان كانت العادة قد جرت بالاحتجاج
به في منع المسح فهو أدل على جوازه منه على منعه لان الوعيد إنما يتعلق فيه بترك
التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها وجواز المسح
هو أيضا مروى عن بعض الصحابة والتابعين ولكن من طريق المعنى فالغسل اشد مناسبة
للقدمين من المسح كما أن المسح اشد مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقي
دنسهما غالباً الا بالغسل و ينقى دنس الرأس بالمسح وذلك أيضا ظاهراً والمصالح المعقولة
لا يمتنع أن تكون أسباباً للمبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين
معنى مصلحياً ومعنى عبادياً واعنى بالمصالح ما يرجع الى الامور المحسوسة وبالعبادى
ما يرجع الى زكاة النفس . وكذلك اختلفوا في الكمين هل يدخلان في المسح او في الغسل .
عند من اجاز المسح . وأصل اختلافهم الاشتراك الذي في حرف الى اعنى في قوله تعالى .
(وأرجلكم الى الكمين) وقد تقدم القول في اشتراك هذا الحرف في قوله تعالى (الى
المرفقين) لكن الاشتراك وقع هناك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن اشتراك حرف
الى وهما من قبل اشتراك حرف الى فقط . وقد اختلفوا في الكعب ما هو وذلك لاشتراك
اسم الكعب واختلاف أهل اللغة في دلالة فقيل هما المظمان اللذان عند معقد الشراك
وقيل هما العظمان الناتئان في طرف الساق ولا خلاف في ما أحسب في دخولهما في

الفصل عند من يرى أنهما عند معقد الشراك اذا كانا جزءاً من القدم ولذلك قال قوم انه اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه أعنى الشيء الذى يدل عليه حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) (المسئلة الحادية عشرة من الشروط) اختلفوا في وجوب ترتيب أفعال الوضوء على نسق الآية فقال قوم هو سنة وهو الذى حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثورى وداود وقال قوم هو فريضة وبه قال الشافعى واحمد وأبو عبيد وهذا كله في ترتيب المفروض مع المفروض وأما ترتيب الأفعال المفروضة مع الأفعال المستنونة فهو عند مالك مستحب وقال أبو حنيفة هو سنة . وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما الاشتراك الذى في واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحاة البصرة ليس تقتضى نسقا ولا ترتيباً وإنما تقتضى الجمع فقط ، وقال الكوفيون بل تقتضى النسق والترتيب فمن رأى أن الواو في آية الوضوء تقتضى الترتيب قال بإيجاب الترتيب ومن رأى أنها لا تقتضى لم يقل بإيجابه ، والسبب الثانى اختلافهم في أفعاله عليه الصلاة والسلام هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه توضأ قط الا مرتباً ومن حملها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمفروض من الأفعال قال ان الترتيب الواجب إنما ينبغى أن يكون في الافعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشروط الواجبة قد تكون في الافعال التى ليست واجبة .

(المسئلة الثانية عشرة من الشروط) اختلفوا في الموالاة في أفعال الوضوء فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعى وأبو حنيفة الى أن الموالاة ليست من واجبات الوضوء . والسبب في ذلك الاشتراك الذى في الواو أيضاً وذلك أنه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الاشياء المتراخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتوضأ في أول طهوره ويؤخر غسل رجله الى آخر الطهر وقد يدخل الخلاف في هذه المسئلة أيضاً في الاختلاف في حمل الأفعال على الوجوب أو على الندب وإنما فرق مالك بين العمد والنسيان لان النامى الاصل فيه في الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ

والنسيان وكذلك العذر يظهر من امر الشرع ان له تأثير في التخفيف وقد ذهب قوم الى أن التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه الصلاة والسلام: لا وضوء لمن لم يسم الله وهذا الحديث لم يصح عند أهل النقل وقد حمله بعضهم على أن المراد به النية وبعضهم حمله على التدب فيما أحسب ؛ فهذه مشهورات المسائل التي تجرى من هذا الباب مجرى الأصول وهي كما قلنا متعلقة اما بصفات أفعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها واما بتعريف شروطها وأركانها ومائرها ما ذكر.

ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين اذ كان من أفعال الوضوء . والكلام المحيط باصوله يتعلق بالنظر في سبع مسائل بالنظر في جوازه وفي تحديد محله وفي تعيين محله وفي صفته أعني صفة المحل وفي توقيته وفي شروطه وفي نواقضه .

(المسئلة الاولى) فاما الجواز ففيه ثلاثة أقوال ، القول المشهور أنه جائز على الإطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار ، والقول الثاني جوازه في السفر دون الحضر ، والقول الثالث منع جوازه باطلاق وهو أشدها والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك . والسبب في اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الوارد فيها الامر بغسل الارجل للآثار التي وردت في المسح مع تأخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة في الصدر الاول فكان منهم من يرى أن آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار وهو مذهب ابن عباس . واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك أنه روى أنه رأى النبي عليه الصلاة والسلام: يمسح على الخفين فقيل له انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما أسألت الا بعد نزول المائدة . وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآية والآثار تعارض لان الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة انما هي للابس الخف وقيل إن تأويل قراءة الارجل بالخفض هو المسح على الخفين وأما من فرق بين السفر والحضر فلان أكثر الآثار الصحاح الواردة في مسحه عليه الصلاة والسلام انما كانت في السفر مع أن السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان ترعه مما يشق على المسافر .

(المسئلة الثانية) وأما تحديد المحل فاختلف فيه أيضا فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن أعني أسفل الخف مستحب ومالك أحد من رأى هذا والشافعي ومنهم من أوجب مسح ظهورها وبطونها وهو مذهب ابن نافع من أصحاب مالك ومنهم من أوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطون وهو مذهب أبي حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذ أشهب فقال ان الواجب مسح الباطن أو الاعلى

أيهما مسح . وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك أن في ذلك أثرين متعارضين . أحدهما حديث المغيرة بن شعبة وفيه أنه صلى الله عليه وسلم : مسح أعلى الخف وباطنه والآخر حديث علي . لو كان الدين بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم . يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث علي على الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح أخذ بما بحديث علي وأما بحديث المغيرة فمن رجح حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس أعني قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته للقياس أو من جهة السند والاسعد في هذه المسئلة هو مالك . وأما من أجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا أعلم له حجة لأنه لا هذا الاثر أتبع ولا هذا القياس استعمل أعني قياس المسح على الغسل .

(المسئلة الثالثة) وأما نوع محل المسح فإن الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا في المسح على الجوربين فأجاز ذلك قوم ومنعه قوم ومن منع ذلك مالك والشافعي وأبو حنيفة ومن أجاز ذلك أبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وسفيان الثوري . وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الآثار الواردة عنه عليه الصلاة والسلام . أنه مسح على الجوربين والنعلين واختلفهم أيضا في هل يقاس على الخف غيره أم هي عبادة لا يقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فمن لم يصح عنده الحديث أو لم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الاثر أوجوز القياس على الخف أجاز المسح على الجوربين وهذا الاثر لم يخرج به الشيخان أعني البخاري ومسلم وصححه الترمذي ولتردد الجوربين المجلدين بين الخف والجورب غير المجلد عن مالك في المسح عليهما روايتان أحدهما بالمنع والآخرى بالجواز

(المسئلة الرابعة) وأما صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا في المتخرق فقال مالك وأصحابه يمسح عليه إذا كان الخرق يسيرا وحدد أبو حنيفة بما يكون الظاهر منه أقل من ثلاثة أصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المتخرق ما دام يسمى خفا وإن تفاحش خرقه ومن روى عنه ذلك الثوري ومنع الشافعي أن يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا في أحد القواين عنه . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال الفرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر أعني ستر الخف القدمين أم هو لموضع المشقة في نزع الخفين فمن رآه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المتخرق لأنه إذا

انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح الى الغسل ومن رأى ان العلة في ذلك المشقة لم يستبرأ الحرق مادام يسمى خفا . وأما التفريق بين الحرق الكثير واليسير فاستحسن ورفع للحرج . وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الحروق كخفاف الناس فلو كان في ذلك حظر لورد ونقل عنهم . قلت هذه المسئلة هي مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الا بتلاوه به لينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى (لتبين للناس ما نزل اليهم)

(المسئلة الخامسة) وأما التوقيت فان الفقهاء أيضا اختلفوا فيه فرأى مالك ان ذلك غير موقت وان لابس الخف يمسح عليهما مالم ينزعهما أو تصيبه جنابة وذهب أبو حنيفة والشافعي الى ذلك موقت والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في ذلك ثلاثة أحاديث . أحدها حديث علي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال . جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام وليالهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم خرجه مسلم . والثاني حديث أبي بن عمار أنه قال . يارسول الله أمسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم قال ويومين قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى يبلغ سبعائم قال أمسح ما بدالك خرجه أبو داود والطحاوي والثالث حديث صفوان بن عسال قال . كنا في سفر فامرنا بالانتزع خفافنا ثلاثة أيام وليالهن الامن جنابة ولكن من بول أو نوم أو غائط (١) (قلت) أما حديث علي فصحيح خرجه مسلم وأما حديث أبي بن عمار فقال فيه أبو عمر بن عبد البر انه حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغي أن يعارض به حديث علي وأما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم يخرج به البخاري ولا مسلم فانه قد صححه قوم من أهل العلم بالحديث الترمذي وأبو محمد بن حزم وهو بظاهرة معارض بدليل الخطاب لحديث أبي كحديث علي وقد يحتمل ان يجمع بينهما بأن يقال ان حديث صفوان وحديث علي خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبي بن عمار اص في ترك التوقيت لكن حديث أبي لم يثبت بعد فعلي هذا يجب العمل بحديثي علي وصفوان وهو الاظهر الا ان دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر في نقض الطهارة لان التواقض هي الاحداث .

(المسئلة السادسة) وأما شرط المسح على الخفين فهو ان تكون الرجلان طاهرين بظهر الوضوء وذلك شيء يجمع عليه الا خلافا شاذا وقد روى ابن القاسم عن

(١) هكذا رواية الترمذي ورواية النسائي ثلاثة أيام وليالهن من غائط وبول ونوم الامن جنابة

مالك ذكره ابن لبابة في المنتخب وإنما قال به الأكثر لثبوته في حديث المغيرة وغيره
 إذ أراد أن ينزع الخف عنه فقال عليه الصلاة والسلام : دعهما فاني أدخلتهما وهما
 طاهرتان والمخالف حمل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية . واختلف الفقهاء من هذا
 الباب فيمن غسل رجله ولبس خفيه ثم أتم وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم ير أن الترتيب
 واجب ورأى أن الطهارة تصح لكل عضو قبل أن تكمل الطهارة لجميع الأعضاء
 قال بجواز ذلك ومن رأى أن الترتيب واجب وأنه لا تصح طهارة العضو إلا بعد
 طهارة جميع أعضاء الطهارة لم يجز ذلك وبالقول الأول قال أبو حنيفة وبالثاني
 قال الشافعي ومالك إلا أن مالك لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وإنما منعه من جهة
 أنه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو إلا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة
 والسلام : وهما طاهرتان فاخبر عن الطهارة الشرعية وفي بعض روايات المغيرة :
 إذا أدخلت رجلك في الخف وهما طاهرتان فامسح عليهما وعلى هذه الأصول
 يتفرع الجواب فيمن لبس أحد خفيه بعد أن غسل إحدى رجله وقبل أن
 يغسل الأخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لأنه لا لبس للخف قبل تمام الطهارة
 وهو قول الشافعي وأحمد وإسحق وقال أبو حنيفة والثوري والمزني والطبري وداود
 يجوز له المسح وبه قال جماعة من أصحاب مالك منهم مطرف وغيره وظاهر أجمعوا أنه
 لو نزع الخف الأول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من شرط
 المسح على الخف ألا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان . وسبب الخلاف هل
 كما تنتقل طهارة القدم إلى الخف إذا ستره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الأسفل
 الواجبة إلى الخف الأعلى فمن شبه النقلة الثانية بالأولى أجاز المسح على الخف الأعلى
 ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يجز ذلك

(المسئلة السابعة) فاما نواقض هذه الطهارة فأنهم أجمعوا على أنها نواقض الوضوء
 بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم أن نزعها وغسل
 قدميه فطهارته باقية وإن لم يغسلها وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه ومن قال بذلك
 مالك وأصحابه والشافعي وأبو حنيفة إلا أن مالكاً رأى أنه إن أخر ذلك استأنف
 الوضوء على رأيه في وجوب الموالاة على الشرط الذي تقدم وقال قوم طهارته باقية
 حتى يحدث حدثاً ينقض الوضوء وليس عليه غسل ومن قال بهذا القول داود وأبو حنيفة
 ليس وقال الحسن بن حي إذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبطل واحد من هذه
 الأقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هي مسكوت عنها . وسبب
 اختلافهم هل المسح على الخفين هو أصل بذاته في الطهارة أو بدل من غسل القدمين عند

غيوبتهما في الخفين فان قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن
قطعت رجلاه بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحتمل ان يقال اذا نزع الخف بطلت
الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتمل ان يقال ان غسلهما اجزأت الطهارة اذا لم
يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وأما هو شيء يتخيل
فهذا ما رأينا أن نثبت في هذا الباب .

الكتاب الثالث في المياه

والأصل في وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به)
وقوله (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) وأجمع العلماء على ان جميع أنواع المياه
طاهرة في نفسها مطهرة لغيرها الا ماء البحر فان فيه خلافا في الصدر الاول شاذاً وهم
محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالأثر الذي خرج به مالك وهو قوله عليه
الصلاة والسلام في البحر هو الطهور مأوّه الحل ميتته وهو وان كان حديثاً مختلفاً
في صحته فظاهر الشرع بعضده وكذلك اجمعوا على ان كل ما يغير الماء بما لا ينفك عنه
غالباً انه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافاً شاذاً روى في الماء الآجن عن ابن
سيرين وهو أيضاً محجوج بتناول اسم الماء المطلق له . وانفقوا على ان الماء الذي غيرت
النجاسة اما طعمه او لونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الأوصاف انه لا يجوز
به الوضوء ولا الطهور . وانفقوا على ان الماء الكثير المستبخر لا تضره النجاسة التي لم
تغير احد اوصافه وان طاهر فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب . واختلفوا من ذلك
في ست مسائل تجرى مجرى القواعد والاصول لهذا الباب .

(المسألة الاولى) اختلفوا في الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير أحد أوصافه فقال قوم
هو طاهر سواء كان كثيراً أو قليلاً وهي احدى الروايات عن مالك وبه قال أهل
الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلاً كان نجساً وان
كان كثيراً لم يكن نجساً وهؤلاء اختلفوا في الحدين القليل والكثير فذهب أبو حنيفة
الى ان الحد في هذا هو أن يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمى من أحد
طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثاني منه وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك هو
قتلان من قلال هجر وذلك نحو من خمسمائة رطل ومنهم من لم يحد في ذلك حداً
ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير أحد أوصافه وهذا أيضاً مروي
عن مالك وقد روى أيضاً ان هذا الماء مكروه فيتحصل عن مالك في الماء اليسير تحليه

النجاسة اليسيرة ثلاثة أقوال، قول ان النجاسة تفسده. وقول انها لا تفسده الا أن يتغير أحد أوصافه. وقول انه مكروه. وسبب اختلافهم في ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك أن حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ أحدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك أيضا حديث أبي هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يغتسل فيه فانه يوهم بظاهره أيضا ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ما ورد من النهي عن اغتسال الجنب في الماء الدائم وأما حديث أنس الثابت أن اعرابيا قام ان ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره ان قليل النجاسة لا يفسد قليل الماء اذ معلوم ان ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث أبي سعيد الخدري كذلك أيضا خرجه أبو داود وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول له انه يستقي من بشر بضاعة وهي بشر يلقى فيها لحوم الكلاب والمخائض وعذرة الناس فقال النبي عليه الصلاة والسلام . ان الماء لا ينجسه شيء فرام العلماء الجمع بين هذه الاحاديث . واختلفوا في طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعرابي وحديث أبي سعيد قال ان حديثي أبي هريرة غير معقولي المعنى وامثال ما تضمناه عبادة لا لان ذلك الماء ينجس حتى ان الظاهرية أفرطت في ذلك فقالت لو صب البول انسان في ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الاحاديث فانه حمل حديثي أبي هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابي وحديث أبي سعيد على ظاهرهما أغنى على الاجزاء وأما الشافعي وأبو حنيفة فجمع بين حديثي أبي هريرة وحديث أبي سعيد الخدري بان حملا حديثي أبي هريرة على الماء القليل وحديث أبي سعيد على الماء الكثير. وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك الذي يجمع الاحاديث هو ما ورد في حديث عبد الله بن عمر عن أبيه خرجه أبو داود والترمذي وصححه أبو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال . ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا. وأما أبو حنيفة فذهب الى ان الحد في ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سرعان النجاسة في جميع الماء بسرمان الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها أن تسري في جميعه فالما طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين فحديث الاعرابي المشهور معارض له ولا بد فلذلك لجأت الشافعية الى أن فرقت بين ورود الماء

على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا إن ورد عليها الماء كافي حديث الاعرابي لم ينجس وإن وردت النجاسة على الماء كافي حديث أبي هريرة نجس وهذا تحكم ولا إذا تأمل وجه من النظر وذلك أنهم إنما صاروا إلى الإجماع على أن النجاسة اليسيرة لا تؤثر في الماء الكثير إذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسرى في جميع أجزائه وأنه يستحيل عينها عن الماء الكثير وإذا كان ذلك كذلك فلا يبعد أن قدرا ما من الماء لوحده قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولكان نجسا فإذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءاً فجزءاً فمعلوم أنه تفتى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لأن نسبته إلى ما ورد عليه مما بقي من النجاسة نسبة الماء الكثير إلى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع في هذه الحال بذهاب عين النجاسة أعنى في وقوع الجزء الأخير الطاهر على آخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا أجمعوا على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب أو البدن . واختلفوا إذا وقعت القطرة من البول في ذلك القدر من الماء . وأولى المذاهب عندي وأحسنها طريقة في الجمع هو أن يحمل حديث أبي هريرة وما في معناه على الكراهية وحديث أبي سعيد وأنس على الجواز لأن هذا التأويل يبقى مفهوم الأحاديث على ظاهرها أعنى حديث أبي هريرة من أن المقصود بها تأثير النجاسة في الماء وحده الكراهية عندي هو ما تعافه النفس وتري أنه ماء خبيث وذلك أن ما يعاف الإنسان شربه يجب أن يجتنب استعماله في القربة إلى الله تعالى وإن يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله وأما من أحتج بأنه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر أحدا أبدا إذا كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من الماء عن الشيء النجس المقصود تطهيره أبداً نجسا فقول لا معنى له لما بيناه من أن نسبة آخر جزء يرد من الماء على آخر جزء يبقى من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير إلى النجاسة القليلة وإن كان يعجب به كثير من المتأخرين فانا نعلم قطعا أن الماء الكثير يحيل النجاسة ويقلب عينها إلى الطهارة ولذلك أجمع العلماء على أن الماء الكثير لا يفسده النجاسة القليلة فإذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس أو العضو النجس فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرتة ولا فرق بين الماء الكثير أن يرد على النجاسة الواحدة بعينها دفعة أو يرد عليها جزءاً بعد جزء فإذا هؤلاء إنما احتجوا بموضع الإجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضمان في غاية التباين . فهذا ما ظهر لنا في هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ولوددنا أن لو سلكتنا في كل مسئلة هذا المسلك لكن رأينا أن هذا يقتضى

طولا وربما عاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الاول الذي قصدناه فان يسر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض .

(المسئلة الثانية) المساء الذي خالطه زعفران أو غيره من الاشياء الطاهرة التي تنفك منه غالباً متى غيرت أحد أوصافه فانه طاهر عند جميع العلماء غير مظهر عند مالك والشافعي ومظهر عند أبي حنيفة مالم يكن التغير عن طبع . وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق للماء الذي خالطه أمثال هذه الاشياء أعني هل يتناولونه فن رأى أنه لا يتناول اسم الماء المطلق وإنما يضاف الى الشيء الذي خالطه فيقال ماء كذا لا ماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء إنما يكون بالماء المطلق ومن رأى انه يتناول اسم المال المطلق أجاز به الوضوء ولظهور عدم تناول الماء المطبوع مع شيء طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك مياه النبات المستخرجة منه الا ما في كتاب ابن شعبان من أجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناول اسم المساء المطلق مثل ما يقال ماء النسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته : أغسلها بماء وسدر واجملن في الاخيرة كافوراً أو شيئاً من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والقلة والفرق بينهما فجازاه مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يجزه مع الكثرة .

(المسئلة الثالثة) الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال . فقوم لم يجزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة . وقوم كرهوه ولم يجزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك وأصحابه . وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال أبو ثور وداود وأصحابه وشاذ أبو يوسف فقال انه نجس . وسبب الخلاف في هذا أيضاً ما يظن من انه لا يتناول اسم الماء المطلق حتى أن بعضهم غلا فظن ان اسم الغسالة أحق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان أصحابه يقتلون على فضل وضوءه ولا بد أن يقع من الماء المستعمل في الاثاء الذي بقي فيه الفضل وبالجمله فهو ماء مطلق لانه في الاغلب ليس ينتهي الى أن يتغير أحد أوصافه بدلس الاعضاء التي تغسل به فان انتهى الى ذلك فحكمه حكم الماء الذي تغير أحد أوصافه بشيء طاهر وان كان هذا تعافه النفوس أكثر وهذا لحظ من كرهه وأما من زعم انه نجس فلا دليل معه (المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على طهارة استثار المسلمين وبهيمة الانعام واختلفوا فيها

عدى ذلك اختلافا كثيرا، فمنهم من زعم أن كل حيوان طاهر السور، ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذا القولان مرويان عن مالك، ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافعي، ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب إلى أن الأسنار تابعة للحوم فإن كانت للحوم محرمة فالأسنار نجسة وإن كانت مكروهة فالأسنار مكروهة وإن كانت مباحة فالأسنار طاهرة . وأما سور المشرك فقل أنه نجس وقيل أنه مكروه إذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع أسنار الحيوانات التي لا تنوق النجاسة غالبا مثل الدجاج الخجلة والابل الخجلة والكلاب الخجلة . وسبب اختلافهم في ذلك هو ثلاثة أشياء . أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب . والثاني معارضته لظاهر الآثار . والثالث معارضة الآثار ببعضها بعضا في ذلك . أما القياس فهو أنه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان وإذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر العين فسوره طاهر وأما ظاهر الكتاب فإنه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرك وذلك أن الله تعالى يقول في الخنزير (فإنه رجس) وما هو رجس في عينه فهو نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحي الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له . وأما المشرك ففي قوله تعالى (إنما المشركون نجس) فمن حمل هذا أيضا على ظاهره استثنى من متقضى ذلك في القياس المشركين ومن أخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه . وأما الآثار فإنها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع . أما الكلب فحديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : إذا ولغ الكلب في إناء أحدم فليرقه ويغسله سبع مرات وفي بعض طرقه أولا هن بالتراب وفي بعضها وعفروه الثامنة بالتراب وأما الهر فما رواه قره عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ظهور الاناء إذا ولغ فيه الهر ان يغسل مرة أو مرتين وقره ثقة عند أهل الحديث وأما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال : إن كان الماء قلتين لم يحمل خبثا ، وأما تعارض الآثار في هذا الباب فمنها أنه روى عنه أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحيض التي بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال : لها ما حملت في بطونها ولكم ما غرثرا بها وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطاه وهو قوله يا صاحب الحوض لا تخبرنا فانا نرد على السباع وترد علينا وحديث أبي قنادة أيضا الذي خرج به مالك أن كبشة سكبت له وضوء فجاءت هرة لتشرب منه فاصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال إن رسول الله

حلى الله عليه وسلم قال: أنها ليست بنجس إنما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات
فأختلف العلماء في تأويل هذه الآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب مالك في
الامر بإزالة سؤر الكلب وغسل الأثناء منه إلى أن ذلك عبادة غير معلة وإن الماء الذي يبلغ فيه
ليس بنجس ولم ير إزالة ما عدى الماء من الأشياء التي يبلغ فيها الكلب في المشهور عنه وذلك
كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولأنه ظن أيضا أنه فهم منه أن الكلب نجس العين
عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) يريد أنه لو كان نجس
العين لنجس الصيد بمماسه وأيد هذا التأويل بما جاء في غسله من العدد والنجاسات
ليس يشترط في غسلها العدد فقال إن هذا الغسل إنما هو عبادة ولم يعرج على سائر
تلك الآثار لضعفها عنده . وأما الشافعي فاستثنى الكلب من الحيوان الحي ورأى
أن ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وإن لم يلبه هو التنجس لأعينه فيما أحسب
وأنه يجب أن يغسل الصيد منه وكذلك استثنى الخنزير لمكان الآية المذكورة . وأما أبو
حنيفة فإنه زعم أن المفهوم من هذه الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من
قبل تحريم لحومها وإن هذا من باب الخاص أريد به العام فقال الاستثناء تابعة للحوم الحيوان
وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الأحاديث الواردة في
ذلك وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر فاستثنى من ذلك السباع فقط وأما سؤر
الكلب فللعدد المشترط في غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب له ولمعارضة حديث أبي
قتادة له إذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل أنها من الطوافين والكلب طواف وأما الهرة
فخصيها إلى ترجيح حديث أبي قتادة على حديث قره عن ابن سيرين وترجيح حديث
ابن عمر على حديث عمر وما ورد في معناه لمعارضة حديث أبي قتادة له بدليل الخطاب
وذلك أنه لما علل عدم النجاسة في الهرة بسبب الطواف فهو منه أن ما ليس بطواف
وهي السباع فاستأثرها محرمه ومن ذهب هذا المذهب ابن القاسم . وأما أبو حنيفة فقال
كما قلنا بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد في غسله شرطا في طهارة الأثناء الذي ولغ
فيه لأنه عارض ذلك عنده القياس في غسل النجاسات أعني أن المعتبر فيها إنما هو
إزالة العين فقط وهذا على عادته في رد أخبار الآحاد لمكان معارضة الأصول لها .
قال القاضي فاستعمل من هذا الحديث بعضا ولم يستعمل بعضا أعني أنه استعمل منه
ما لم تعارضه عنده الأصول ولم يستعمل ما عارضته منه الأصول وعضد ذلك بأنه
مذهب أبي هريرة الذي روى الحديث . فهذه هي الأشياء التي حركت الفقهاء إلى
هذا الاختلاف الكثير في هذه المسئلة وقادتهم إلى الافتراق فيها والمسئلة اجتهادية
محضة يعسر أن يوجد فيها ترجيح ولعل الأرجح أن يستثنى من طهارة أسرار الحيوان

الكلب والخنزير والمشرک لصحة الآثار الواردة في الكلب ولأن ظاهر الكتاب أولى أن يتبع في القول بنجاسة عين الخنزير والمشرک من القياس وكذلك ظاهر الحديث وعليه أكثر الفقهاء أعني على القول بنجاسة سؤر الكلب فإن الأمر باراقة ما ولغ فيه الكلب مزيل ومناسب في الشرع لنجاسة الماء الذي ولغ فيه أعني أن المفهوم بالعادة في الشرع من الأمر بأراقة الشيء وغسل الأناء منه هو لنجاسة الشيء وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الأناء لما اشترط فيه العدد فقير نكير أن يكون الشرع يخص بنجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها . قال القاضي وقد ذهب جدي رحمه الله عليه في كتاب المقدمات إلى أن هذا الحديث معتل معقول المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع أن يكون الكلب الذي ولغ في الأناء كلباً فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذي هو السبع في غسله فإن هذا العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج والداواة من الأمراض وهذا الذي قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فإنه إذا قلنا إن ذلك الماء غير نجس فالأولى أن يعطى علة في غسله من أن يقول أنه غير معتل وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغني بعض الناس بأن قال إن الكلب لا يقرب الماء حين كلبه وهذا الذي قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لافي مبادئها وفي أول حدوثها فلا معنى لاعتراضهم وأيضاً فإنه ليس في الحديث ذكر الماء وإنما فيه ذكر الأناء ولعل في سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعني قبل أن يستحكم به الكلب ولا يستنكر ورود مثل هذا في الشرع فيكون هذا من باب ما ورد في القباب إذا وقع في الطعام أن يغمس هذا ذلك بأن في أحد جناحيه داء وفي الآخر وداء وأما ما قيل في المذهب من أن هذا الكلب هو الكلب المنهى عن اتخاذه أو الكلب الحضري فضعيف وبعيد من هذا التعليل إلا أن يقول قائل إن ذلك أعني النهي من باب التحريم في اتخاذه .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء في أسرار الطهر على خمسة أقوال ، فذهب قوم إلى أن أسرار الطهر طاهرة بإطلاق وهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة ومذهب آخرون إلى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل ، وذهب آخرون إلى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ما لم تكن المرأة جنباً أو حائضاً ، وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن يشرعاً معاً وقال قوم لا يجوز وأن شرعاً معاً وهو مذهب أحمد ابن حنبل . وسبب اختلافهم في هذا اختلاف الآثار وذلك أن في ذلك أربعة آثار أحدها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من إناء واحد

والثاني حديث ميمونة أنه اغتسل من فضلها ، والثالث حديث الحكم الغفاري أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرجه أبو داود والترمذي والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرعان مما فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض . أما من رجح حديث اغتسال النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد على سائر الأحاديث لانه مما اتفق الصحاح على تخريجه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسلا معاً أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لان الغتسلين معاً كل واحد منهما يغتسل بفضل صاحبه وصحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفاري فقال بطهر لاسئار على الاطلاق . وأما من رجح حديث الغفاري على حديث ميمونة وهو مذهب أبي محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفاري وحديث اغتسال النبي مع أزواجه من اناء واحد بأن فرق بين الاغتسال معاً وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط أجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يجز أن يتطهر هو من فضل طهرها وأجاز أن يتطهر هي من فضل طهره . وأما من ذهب مذهب الجمع بين الأحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة فإنه أخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه فكن أن يجتمع عليه حديث الغفاري وحديث غسل النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهي ألا تتوضأ المرأة أيضاً بفضل الرجل لكن يارضه حديث ميمونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من أن بعض رواته قال فيه أكثر ظني أو أكثر علمي أن أبا الشعثاء حدثني . وأما من لم يجز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرطان مما قلناه لم يبلغه من الأحاديث الأحكام الحكم الغفاري وقاس الرجل على المرأة . وأما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط فليست أعلم له حجة الا انه مروى عن بعض السلف أحسبه عن ابن عمر .

المسئلة السادسة ~~ص~~ صار أبو حنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء الامصار الى اجازة الوضوء بنبيذ التمر في السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل معك من ماء فقال معي نبيذ في أداوتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصيب فتوضأ به وقال شراب وطهور وحديث أبي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثمرة طيبة وماء طهور وزعموا انه ملسوب الى الصحابة على وابن عباس وانه لا يخالف لهم من الصحابة فكان كالاجماع عندهم

ورد أهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولأنه قد روى من طريق أوثق من هذه الطرق أن ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) قالوا فلم يجعل هنا وسطاً بين الماء والصعيد وبقوله عليه الصلاة والسلام: الصعيد الطيب وضوء لمسلم وإن لم يجد الماء إلى عشر حجج فإذا وجد الماء فليمسه بشرته ولهم أن يقولوا أن هذا قد أطلق عليه في الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضي نسخاً فيعارضها الكتاب لكن هذا مخالف لقولهم أن الزيادة نسخ .

(الباب الرابع في نواقض الوضوء)

والأصل في هذا الباب قوله تعالى « أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء » وقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ . وانفقوا في هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذي والودي لصحة الآثار في ذلك إذا كان خروجها على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب .

(المسألة الأولى) اختلف علماء الأمصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاث مذاهب . فاعتبر قوم في ذلك الخارج وحده من أي موضع خرج وعلى أي جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأحمد وجماعة ولهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقي إلا البلغم عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة أنه إذا ملأ الفم ففيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء السير من الدم إلا مجاهد . واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكر والدبر فقالوا كل ما خرج من هذين السيلين فهو ناقض للوضوء من أي شيء خرج من دم أو حصى أو بلغم وعلى أي وجه خرج كان خروجها على سبيل الصحة أو على سبيل المرض ومن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذي والودي والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا في الدم والحصى والبدون وضوءاً ولا في السلس ومن قال بهذا القول مالك وجل أصحابه . والسبب في اختلافهم أنه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السيلين من غائط وبول وريح ومذي لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق

ثالث ذلك ثلاث احتمالات، أحدها ان يكون الحكم انما علق بأعيان هذه الاشياء فقط المتفق عليها على ما رأاه مالك رحمه الله ؛ الاحتمال الثاني ان يكون الحكم انما علق بهذه من جهة أنها نجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس، والاحتمال الثالث ان يكون الحكم أيضا انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السيلين فيكون على هذين القولين الآخرين ورود الأمر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو من باب الخاص أريد به العام ويكون عندما لك وأصحابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه فالشافعي وأبو حنيفة اتفقا على أن الأمر بها هو من باب الخاص أريد به العام واختلفا أى عام هو الذى قصد به فمالك يرجح مذهبه بأن الأصل هو ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي محتج بأن المراد به الخارج لا الخارج باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الريح الذى يخرج من أسفل وعدم ايجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيها على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الريحين مختلفان في الصفة والرائحة وأبو حنيفة محتج لان المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة في الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكومية فان فيها شبهة من الطهارة المعنوية أعني طهارة النجس وبحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قام فتوضأ وبما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من ايجابهما الوضوء من الرعاف وبما روى من أمره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المفهوم من هذا كله عند أبى حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعي وأبو حنيفة على ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لا أمره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك فرأى أن المرض له ههنا تأثير في الرخصة قياسا أيضا على ما روى أيضا من أن المستحاضة لم تؤمر الا بالغسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت أبي حبيش هذا هو متفق على صحته ويختلف في هذه الزيادة فيه أعني الأمر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها أبو عمر بن عبد البر وقياسا على من يغلبه الدم من جرح ولا يقطع مثل ما روى أن عمر رضى الله عنه صلى وجرحه ينقب دما .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في النوم على ثلاثة مذاهب. فقوم رأوا انه حدث فأوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا أنه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى أن بعض السلف كان يוכל بنفسه اذا نام من يتفقد حاله أعني هل يكون منه حدث أم لا فقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستقل فأوجبوا في الكثير المستقل

الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستئصال من النوم أكثر من بعض وكذلك خروج الحديث اختلف الفقهاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعا أو ساجدا فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيرا ومن نام جالسا فلا وضوء عليه الا أن يطول ذلك به . واختلف القول في مذهبه في الراعي فمرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد . وأما الشافعي فقال على كل نائم كيف مانام الوضوء الامن نام جالسا . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعا . وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أن ههنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس في النوم وضوء أصلا كحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيطة ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة والسلام : اذا نعس أحدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فإنه لعله يذهب ان يستغفر ربه فيسب نفسه وما روى أيضا أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تترك رؤسهم ثم يصلون ولا يتوضئون وكلها آثار ثابتة . وههنا أيضا أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث واينها في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك انه قال كنا في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم فأمرنا الا ننزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا نتزعها الا من جنباة فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذي ، ومنها حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام . اذا استيقظ أحدكم من النوم فليصل يده قبل ان يدخلها في وضوءه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليلا وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أى اذا قمتم من النوم على ما روى عن زيد بن أسلم وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها لمذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع . فمن ذهب مذهب الترجيح إما أسقط وجوب الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الأحاديث التي تسقطه . وإما أوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الأحاديث التي توجبه أيضا أعنى على حسب ما ترجع عنده من الأحاديث الموجبة أو من الأحاديث المسقطة . ومن ذهب مذهب الجمع حمل الأحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على القليل وهو كما قلنا . مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح ما أمكن الجمع عند أكثر الأصوليين . وأما الشافعي فأنما حملها على ان استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة أعنى أنهم كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضئون ويصلون وإنما أوجبه أبو حنيفة في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو انه عليه الصلاة

والسلام قال : إنما الوضوء على من نام مضطجما والرواية بذلك ثابتة عن عمر وأما مالك فلما كان النوم عنده إنما ينقض الوضوء من حيث كان غالباً سيما لا يحدث راعى فيه ثلاثة أشياء الاستئصال أو الطول أو الهيئة فلم يشترط في الهيئة التي يكون منها خروج الحدث غالباً لا الطول ولا الاستئصال واشترط ذلك في الهيئات التي لا يكون خروج الحدث منها غالباً.

(المسألة الثالثة) اختلف العلماء في إيجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الأعضاء الحساسة فذهب قوم إلى أن من لمس امرأة بيده مفضيا إليها ليس بينها وبينه حجاب ولا ستر فمليه الوضوء وكذلك من قبلها لأن القبلة عندهم لمس ما وسواء التذام لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعي وأصحابه إلا أنه مرة فرق بين اللامس والملموس فأوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينها ومرة أيضاً فرق بين ذوات المحارم والزوجة فأوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ومرة سوى بينهما . وذهب آخرون إلى إيجاب الوضوء من اللمس إذا قارنته اللذة أو قصد اللذة في تفصيل لهم في ذلك وقع بمحاذل أو بغير حائل بأي عضو أنفق ما عدا القبلة فانهم لم يشترطوا اللذة في ذلك وهو مذهب مالك وجهور أصحابه . ونفى قوم إيجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبي حنيفة ولكل سلف من الصحابة الاشتراط للذة فأنى لا أذكر أحداً من الصحابة اشترطها . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس في كلام العرب فإن العرب تطلقه مرة على اللمس الذي هو باليد ومرة تكتني به عن الجماع فذهب قوم إلى أن اللمس الموجب للطهارة في آية الوضوء هو الجماع في قوله تعالى (أولاستمس النساء) وذهب آخرون إلى أنه اللمس باليد ومن هؤلاء من رآه من باب العام أريد به الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام أريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط اللذة فأنما دعاه إلى ذلك ما عارض عموم الآية من أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته وخرج أهل الحديث حديث حبيب بن أبي ثابت عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قبل بعض نساءه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هي إلا أنت فضحكت قال أبو عمر هذا الحديث وهذه الحجازيون وصحبه الكوفيون وإلى تصحيحه مال أبو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث أيضاً من طريق معبد بن نباتة وقال الشافعي إن ثبت حديث معبد بن نباتة في القبلة لم أر فيها ولا في اللمس وضوءاً . وقد احتج من أوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازاً على الجماع وأنه إذا تردد اللفظ بين

الحقيقة والمجاز فالأولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولا "ولئك أن يقولوا" ان المجاز اذا كثر استعماله كان أدل على المجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذي هو أدل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المظهر من الارض الذي هو فيه حقيقة والذي اعتقده أن اللبس وان كانت دلالاته على المعنيين بالسواء أو قريبا من السواء انه أظهر عندي في الجماع وان كان مجازاً لا في الله تبارك وتعالى قد كثر بالمباشرة واللبس عن الجماع وهما في معنى اللبس وعلى هذا التأويل في الآية يخرج بها في اجازة التيمم لا يجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ما سيأتي بعد وترتفع المعارضة التي بين الآثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية المسلمين معافضيف فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك إنما تقصد به معنى واحد من المعاني التي يدل عليها الاسم لا جميع المعاني التي يدل عليها وهذا بين بنفسه في كلامهم.

(المسألة الرابعة) مس الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم من رأى الوضوء فيه كيف مائه وهو مذهب الشافعي وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم يرفيه وضوءاً أصلاً وهو أبو حنيفة وأصحابه والكلال الفريفي من سلف من الصحابة والتابعين . وقوم فرقوا بين أن يمس به حال أو لا يمس به بتلك الحال وهؤلاء اختلفوا فيه فرقا فمنهم من فرق فيه بين ان يلتذ أولاً يلتذونه منهم من فرق بين ان يمس به باطن الكف أولاً يمس به فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوه مع عدها وكذلك اوجبوه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظاهرها وهذان الاعتباران مرويان عن أصحاب مالك وكان اعتبار باطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة . وفرق قوم في ذلك بين العمد والنسيان فأوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروى عن مالك وهو قول داود وأصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب . قال أبو عمر وهذا الذي استقر من مذهب مالك عن أهل المغرب من أصحابه والرواية عنه فيه مضطربة . وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق بسرة انها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو أشهر الاحاديث الواردة في ايجاب الوضوء من مس الذكر خرجه مالك في الموطأ وصححه يحيى بن معين وأحمد بن حنبل وضعفه أهل الكوفة وقد روى أيضا معناه من طريق أم حبيبة وكان أحمد بن حنبل يصححه وقد روى أيضا معناه من طريق أبي هريرة وكان ابن السكن أيضا يصححه ولم يخرج به البخاري ولا مسلم . والحديث الثاني المعارض له حديث طلق بن علي قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوي فقال يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد ان يتوضأ فقال

وهل هو الابضعة منك خرجة أيضا أبو داود والترمذي وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث أحد مذهبين إما مذهب الترجيح أو النسخ وإمام مذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة أوراآه ناسخا لحديث طلق بن علي قال بإيجاب الوضوء من مس الذكر ومن رجح حديث طلق بن علي أسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام أن يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه في حال ولم يوجب في حال أو حمل حديث بسرة على التدب وحديث طلق بن علي على نفى الوجوب والاحتجاجات التي يحتاجها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة يطول ذكرها وهي موجودة في كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا إليه .

(المسئلة الخامسة) اختلف الصدر الاول في ايجاب الوضوء من أكل مامسته النار لاختلاف الآثار الواردة في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واتفق جمهور فقهاء الامصار بعد الصدر الاول على سقوطه اذ صح عندهم انه عمل الخلفاء الاربعة ولما ورد من حديث جابر انه قال كان آخر الامر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مماسست النار خرجة أبو داود ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحاق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجزور لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام .

(المسئلة السادسة) شذ أبو حنيفة فوجب الوضوء من الضحك في الصلاة لم رسل أبي العالية وهو أن قوما ضحكوا في الصلاة فامرهم النبي صلى الله عليه وسلم باعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلا ولخالفته للاصول وهو أن يكون شيء ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غير الصلاة وهو مرسل صحيح . (المسئلة السابعة) وقد شذ قوم فوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ . وينبغي ان تعلم أن جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأي نوع كان من قبل إغماء أو جنون أو سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أغنى انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب الوضوء في الحالة التي هي سبب لحدث غالبا وهو الاستئقال فأحرى ان يكون ذهاب العقل سببا لذلك فهذه هي مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغي ان نصير الى الباب الخامس .

الباب الخامس

وهو معرفة الافعال التي تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى

(بأيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة) الآية وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وإن كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة أو من شروط الوجوب ولم يختلفوا أن ذلك شرط في جميع الصلوات إلا في صلاة الجنائز وفي السجود أعني سجود التلاوة فإن فيه خلافا شاذاً. والسبب في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود. فمن ذهب إلى أن اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور واشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب إلى أنه لا ينطلق عليهما أذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود أيضاً ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل.

(المسئلة الأولى) هل هذه الطهارة شرط في مس المصحف أم لا فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي إلى أنها شرط في مس المصحف وذهب أهل الظاهر إلى أنها ليست بشرط في ذلك والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى (لا يمسه إلا المطهرون) بين أن يكون المطهرون هم بنو آدم وبين أن يكونوا هم الملائكة وبين أن يكون هذا الخبر مفهومه النهي وبين أن يكون خبراً لا نهياً فمن فهم من المطهرين بنو آدم وفهم من الخبر النهي قال لا يجوز أن يمس المصحف إلا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال أنه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف وإذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقي الأمر على البراءة الأصلية وهي الإباحة. وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب: لا يمسه القرآن إلا طاهر وأحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها لأنها مصحفة ورأيت ابن المفوز يصححها إذا روتها الثقات لأنها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك أحاديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر لأنهم غير مكلفين.

(المسئلة الثانية) اختلف الناس في إيجاب الوضوء على الجنب في أحوال أحدها إذا أراد أن ينام وهو جنب فذهب الجمهور إلى استحبابه دون وجوبه وذهب أهل الظاهر إلى وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر أنه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه تصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو أيضاً مروى عنه من طريق عائشة. وذهب الجمهور إلى حمل الأمر بذلك على التدب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبته وجوب

الطهارة لأرادة النوم أغنى المناسبة الشرعية . وقد احتجوا أيضا لذلك باحاديث أثبتتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الحلاء فأتى بطعام فقالوا ألا نأتيك بطهر فقال . أأصلي . فأتوضأ وفي بعض رواياته فغسل له ألا تتوضأ فقال ما أردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال به ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لايمس الماء الا أنه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب الذي يريد أن يأكل أو يشرب وعلى الذي يريد أن يعاود أهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الاشياء وذلك أن الطهارة إنما فرضت في الشرع لاحوال التعظيم كالصلاة وأيضا فلمكان تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام . أنه أمر الجنب اذا أراد أن يعاود أهله أن يتوضأ وروى عنه انه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روى عنه منع الاكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروى عنه اباحة ذلك .

(المسئلة الثالثة) ذهب مالك والشافعي الى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب أبو حنيفة الى اسقاطه . وسبب اختلافهم تردد الطواف بين أن يلحق حكمه بحكم الصلاة أولا يلحق وذلك انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فأشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في بعض الآثار تسمية الطواف صلاة . وحجة أبي حنيفة أنه ليس كل شيء منعه الحيض في الطهارة شرط في فعله اذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور .

(المسئلة الرابعة) ذهب الجمهور الى أنه يجوز لغير متوضئ أن يقرأ القرآن ويذكر الله وقال قوم لايجوز ذلك له الا ان يتوضأ . وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان أحدهما حديث أبي جهم قال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بئر جمل فلقبه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه رد عليه الصلاة والسلام السلام . والحديث الثاني حديث علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يحجبه عن قراءة القرآن شيء الا الجنابة فصار الجمهور الى أن الحديث الثاني ناسخ للاول وصار من أوجب الوضوء لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول .

﴿ كتاب الغسل ﴾

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ومعرفة ما به تفعل وهو الماء

المطلق في ثلاثة أبواب . الباب الاول في معرفة العمل في هذه الطهارة . والثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة . والباب الثالث في معرفة أحكام نواقض هذه الطهارة .
فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولاخلاف في ذلك وكذلك لاخلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك أحكام المياه قد تقدم القول فيها .

الباب الاول

وهذا الباب يتعلق به أربع مسائل . المسئلة الاولى اختلاف العلماء هل من شرط هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال في طهارة أعضاء الوضوء أم يكفي فيها افاضة الماء على جميع الجسد ولن لم يمر يديه على بدنه فاكثر العلماء على أن افاضة الماء كافية في ذلك وذهب مالك وجل أصحابه والزنبي من أصحاب الشافعي الى أنه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل بعد . والسبب في اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة في صفة الغسل لقياس الغسل في ذلك على الوضوء وذلك أن الاحاديث الثابتة التي وردت في صفة غسله عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التدليك وإنما فيها افاضة الماء فقط ففي حديث عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ يمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ثم يأخذ الماء فيدخل أصابعه في أصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة في حديث ميمونة قريبة من هذه الا أنه أخر غسل رجله من أعضاء الوضوء الى آخر الطهر وفي حديث أم سلمة أيضا وقد سأله عليه الصلاة والسلام هل تنقض ضرر رأسها لغسل الجنابة فقال عليه الصلاة والسلام : إنما يكفيك ان تحثي على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم تفيض عليك الماء فاذا أنت قد طهرت وهو أقوى في اسقاط التدليك من تلك الأحاديث الاخر لانه يمكن هنالك أن يكون الواصف لطهره قد ترك التدليك وأما ههنا فأنما حصر لها شروط الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هي أكمل صفاتها وأن ما ورد في حديث أم سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وان الوضوء في أول الطهر ليس من شرط الطهر الا خلافا لما روى عن الشافعي وفيه قوة من جهة ظواهر الاحاديث وفي قول الجمهور قوة من جهة النظر لان الطهارة ظاهر من أمرها انها شرط في صحة الوضوء لا الوضوء شرط في صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث .

وطريقة الشافعي تغيب ظاهر الاحاديث على القياس فذهب قوم كما قلنا إلى ظاهر الاحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التذلل وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الاحاديث فوجبوا التذلل كالحال في الوضوء فمن رجح القياس صار الى ايجاب التذلل ومن رجح ظاهر الاحاديث على القياس صار إلى اسقاط التذلل وأعني بالقياس قياس الطهر على الوضوء وأما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف اذ كان اسم الطهر والغسل ينطلق في كلام العرب على المعنيين جميعا على حد سواء .

(المسئلة الثانية) اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النية أم لا كاختلافهم في الوضوء فذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه إلى أن النية من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري إلى أنها تجزئ بغير نية كالحال في الوضوء عندهم وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة أيضاً كاختلافهم فيهما في الوضوء أعني هل هما واجبان فيها أم لا؛ فذهب قوم إلى أنهما غير واجبين فيها وذهب قوم إلى وجوبهما وعن ذهب إلى عدم وجوبهما مالك والشافعي وعن ذهب إلى وجوبهما أبو حنيفة وأصحابه . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أم سلمة الاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام في طهره وذلك ان الاحاديث التي نقلت من صفة وضوءه في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث أم سلمة ليس فيه أمر لا بمضمضة ولا باستنشاق فمن جعل حديث عائشة وميمونة تفسيراً للجمل حديث أم سلمة ولقوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضا جمع بينهما بات حمل حديثي عائشة وميمونة على التذلل وحديث أم سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تخليل الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة أم لا، ومذهب مالك أنه مستحب، ومذهب غيره أنه واجب وقد عارضه مذهب من أوجب التخليل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : تحت كل شعرة جنابة فانقوا البشر وبلوا الشعر .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب أم ليس من شرطها كاختلافهم من ذلك في الوضوء . وسبب اختلافهم في ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب أو على التذلل فإنه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط إلا مرتباً متوالياً وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب في هذه الطهارة أبين منها في الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث

أم سلمة : إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيض الماء على جسديك وحرفي ثم يقضى الترتيب بلا خلاف بين أهل اللغة .

(الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة)

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (وإن كنتم جنبا فاطهروا) وقوله (ويستلونك عن المحيض قل هو أذى) الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين أحدهما خروج المني على وجه الصحة في النوم أو في اليقظة من ذكر كان أو أتى إلا ما روى عن النخعي من أنه كان لا يرى على المرأة غسلا من الاحتلام وإنما اتفق الجمهور على مساواة المرأة في الاحتلام للرجل لحديث أم سلمة الثابت أنها قالت يا رسول الله المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها غسل قال : نعم إذا رأت الماء وأما الحديث الثاني الذي اتفقوا أيضا عليه فهو دم الحيض أعني إذا انقطع وذلك أيضا لقوله تعالى (ويستلونك عن المحيض) الآية ولتعليمه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها من النساء واختلفوا في هذا الباب مما يجري مجرى الأصول في مستلتي مشهورتين .

(المسئلة الأولى) اختلف الصحابة رضي الله عنهم في سبب إيجاب الطهر من الوطئ فمنهم من رأى الطهر واجبا في التقاء الختانين أو لم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار مالك وأصحابه والشافعي وأصحابه وجماعة من أهل الظاهر . وذهب قوم من أهل الظاهر الى إيجاب الطهر مع الانزال فقط . والسبب في اختلافهم في ذلك تعارض الأحاديث في ذلك لأنه ورد في ذلك حديثان ثابتان اتفق أهل الصحيح على تخريجهما (قال) القاضي رضي الله عنه ومضى قلت ثبت وإنما أعني به ما أخرجه البخاري أو مسلم أو ما أجمعا عليه . أحدهما حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : إذا قعد بين شعبها الأربع والزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثاني حديث عثمان أنه سئل ف قيل له أ رأيت الرجل إذا جامع أهله ولم يمن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء في هذين الحديثين مذهبين ، أحدهما مذهب النسخ ، والثاني مذهب الرجوع الى ما عليه الاتفاق عند التعارض الذي لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا أن حديث أبي هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ما روى عن أبي بن كعب أنه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما جعل ذلك برخصة في أول الاسلام ثم أمر بالنسل خرجه أبو داود وأما من رأى أن التعارض بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب

الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث أبي هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع على ان مجاوزة الحتائين توجب الحد وجب ان يكون هو الموجب لغسل وحكموا ان هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الاربعة ورجح الجمهور ذلك أيضا من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج مسلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في الصفة المعتبرة في كون خروج المني موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة في ذلك وذهب الشافعي الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة أو بغير لذة . وسبب اختلافهم في ذلك هو شيان ، أحدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذى أجنب على الجهة الغير المعتادة أم ليس ينطلق عليه فمن رأى أنه إنما ينطلق على الذى أجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر في خروجه من غير لذة ومن رأى أنه ينطلق على خروج المني كيفما خرج اوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة ، والسبب الثانى تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم في خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهر أم ليس يوجبه فسندكره في باب الحيض وان كان من هذا الباب وفي المذهب في هذا الباب فرع وهو اذا انتقل من أصل مجاربه بلذة ثم خرج في وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من المجمع بعد ان يظهر فليل يعيد الطهر وقيل لا يعيد وذلك ان هذا النوع من الخروج صحبته اللذة في بعض نقلته ولم تصحبه في بعض فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب عليه طهر .

(الباب الثالث في أحكام هذين الحديثين أعني الجنابة والحيض)

أما أحكام الحدث الذى هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلف العلماء في دخول المسجد للجنب على ثلاثة أقوال ، فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك وأصحابه ، وقوم منعوا ذلك الالابار فيه لامقيم ومنهم الشافعي . وقوم أباحوا ذلك للجميع ومنهم داود وأصحابه فيما أحسب . وسبب اختلاف الشافعي وأهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى) الآية بين ان يكون في الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة أى لا تقربوا موضع الصلاة ويكون عابر السيل استثناء من انتهى عن قرب موضع الصلاة وبين الا يكون هنالك محذوف أصلا وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السيل هو المسافر الذى عدم الماء وهو جنب فمن رأى ان في الآية محذوفاً أجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم ير ذلك لم يكن عنده في الآية دليل

على منع الجنب الإقامة في المسجد وأما من منع العبور في المسجد فلا أعلم له دليلاً الاظهر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا أحل المسجد لجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند أهل الحديث واختلافهم في الحائض في هذا المعنى هو اختلافهم في الجنب .

(المسئلة الثانية) من الجنب المصحف، ذهب قوم الى اجازته، وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منوا أن يمسه غير متوضئ . وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في منع غير المتوضئ ان يمسه أعنى قوله لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف في الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم في منع الحائض مسه .

(المسئلة الثالثة) قراءة القرآن للجنب اختلف الناس في ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى إباحته . والسبب في ذلك الاحتمال المتطرق الى حديث على انه قال : كان عليه الصلاة والسلام لا يمنعه من قراءة القرآن شيء الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيئاً لانه ظن من الراوى ومن اين يعلم أحد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة إلا لو أخبره بذلك والجمهور رأوا انه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن توهم ولا ظن وإنما قاله عن تحقق، وقوم جعلوا الحائض في هذا الاختلاف بمنزلة الجنب، وقوم فرقوا بينهما فجازوا المحائض القراءة القليلة استحساناً لطول مقامها حائضاً وهو مذهب مالك فهذه هي أحكام الجنابة .

(وأما أحكام الدماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر في ثلاثة أبواب الاول معرفة أنواع الدماء الخارجة من الرحم، والثانى معرفة العلامات التى تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر أو الاستحاضة والاستحاضة أيضاً الى الطهر والثالث معرفة أحكام الحيض والاستحاضة أعنى موانعهما وموجباتهما ونحن نذكر في كل باب من هذه الأبواب الثلاثة من المسائل ما يعجرى مجرى القواعد والاصول لجميع ما في هذا الباب على ما قصدنا اليه مما انفقوا عليه واختلفوا فيه .

الباب الاول

اتفق المسلمون على ان الدماء التى تخرج من الرحم ثلاثة . دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة . ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وأنه غير دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام : إنما ذلك عرق وليس بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد .

الباب الثانى

إما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض

والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك في الاكثر تنبني على معرفة أيام الدماء المعتادة وأيام الاطهار ونحن نذكر منها مايجرى مجرى الاصول وهي سبع مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلف العلماء في أكثر أيام الحيض وأقلها وأقل أيام الطهر فروى عن مالك أن اكثر أيام الحيض خمسة عشر يوما وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة أكثره عشرة أيام وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضا الا أنه لا يعتد بها في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي أقله يوم وليلة وقال أبو حنيفة أقله ثلاثة أيام وأما أقل الطهر فاضطربت فيه الرويات عن مالك فروى عنه عشرة أيام وروى عنه ثمانية أيام وروى خمسة عشر يوما والى هذه الرواية مال البغداديون من أصحابه وبها قال الشافعي وأبو حنيفة وقيل سبعة عشر يوما وهو أقصى ما ائتمد عليه الاجماع فيما أحسب . وأما أكثر الطهر فليس له عندهم حد واذا كان هذا موضوعا من أقاويلهم فمن كان لاقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما كان أقل من ذلك القدر اذا ورد في سن الحيض عنده استحاضة، ومن لم يكن لاقل الحيض عنده قدر محدود وجب أن تكون الدفعة عنده حيضا ومن كان أيضا عنده أكثره محدود أوجب ان يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة . ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوما فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي الا أن مالكا قال تصلى من حين تتيقن الاستحاضة وعند الشافعي انها تعيد صلاة ماسلف لها من الايام الا أقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد أيام لداتها ثم تستظهر بثلاثة أيام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة. وأما المعتادة فخفيها روايتان عن مالك أحدهما بناؤها على عاداتها وزيادة ثلاثة أيام ما لم تتجاوز أكثر مدة الحيض . والثانية جلوسها الى انقضاء أكثر مدة الحيض أو تعمل على التمييز ان كانت من أهل التمييز وقال الشافعي تعمل على أيام عاداتها وهذه الاقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء في أقل الحيض وأكثره وأقل الطهر لاستند لها الا التجربة والعادة وكل انما قال من ذلك ما ظن أن التجربة أوقفته على ذلك ولاختلاف ذلك في النساء عسر أن يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا الخلاف الذي ذكرنا وانما أجمعوا بالجملة على ان الدم اذا تمادى أكثر من مدة أكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لفاطمة بلى حيش فاذا أقلت الحيضة فاتركي الصلاة فاذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم وصلي، والمتجاوزة لأمد أكثر أيام الحيض فقد ذهب عنها قدرها ضرورة وانما صار الشافعي ومالك رحمهم الله في المعتادة في إحدى

الروایتین عنه الى أنها تبنى على عادتها لحديث أم سلمة الذي رواه في الموطأ ان امرأة كانت تهراق السماء على عهد رسول صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها أم سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لتظر الى عدد الليالي والايام التي كانت تحيضن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فإذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستر بثوب ثم لتصل فالحقوا حكم الحائض التي تشك في الاستحاضة بحكم المستحاضة التي تشك في الحيض وإنما رأى أيضا في المبتدئة أن يعتبر أيام ليلاتها لان أيام ليلاتها شبيهة بأيامها فجعل حكمها واحداً. وأما الاستظهار الذي قال به مالك بثلاثة أيام فهو شيء انفرد به مالك وأصحابه رحمهم الله وخالفهم في ذلك جميع فقهاء الامصار ماعدا الاوزاعي اذ لم يكن لذلك ذكر في الاحاديث الثابتة وقد روى في ذلك اثر ضعيف .

(المسئلة الثانية) ذهب مالك وأصحابه في الحائض التي تقطع حيضتها وذلك بأن تحيض يوما أو يومين وتطهر يوما أو يومين الى أنها تجمع أيام الدم بعضها الى بعض وتلقى أيام الطهر وتغتسل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراه وتصلي قائما لا تدرى لعل ذلك طهر فإذا اجتمع لها من أيام الدم خمسة عشر يوما فهي مستحاضة وبهذا القول قال الشافعي وروى عن مالك أيضا أنها تلتق أيام الدم وتعتبر بذلك أيام عادتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام فان انقطع الدم والا فهي مستحاضة وجعل الايام التي لا ترى فيها الدم غير معتبرة في العدد لا معنى له فانه لا تخلو تلك الايام ان تكون أيام حيض أو أيام طهر فان كانت أيام حيض فيجب ان تلتقها الى أيام الدم وان كانت أيام طهر فلا يسبب ان تلتق أيام الدم اذا كان قد تخللها طهر والذي يجزئ على أصوله أنها أيام حيض لا أيام طهر اذا قل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق أن دم الحيض ودم النفاس يجري ثم ينقطع يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضي أيام الحيض أو أيام النفاس كما تجري ساعة أو ساعتين من النهار ثم ينقطع .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في أقل النفاس وأكثره فذهب مالك الى أنه لا حد لا أقله وبه قال الشافعي وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصري عشرون يوما . وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء وأصحابه ثابتون على القول الاول وبه قال الشافعي وأكثر أهل العلم من الصحابة على ان أكثره أربعون يوما وبه قال أبو حنيفة وقد قيل تعتبر المرأة في ذلك أيام أشباهها من النساء فإذا جاوزتها فهي مستحاضة وفرق قوم بين ولادة الذكر

وولادة الانثى فقالوا لاذكر ثلاثون يوما وللاتى أربعون يوما . وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتحديد لاختلاف أحوال النساء في ذلك ولأنه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطهر .

(المسئلة الرابعة) اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذى ترى الحامل هو حيض أم استحاضة فذهب مالك والشافعى فى أصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب أبو حنيفة وأحمد والثورى وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الا أن يصيبها الطلق فانهم اجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض في منعه الصلاة وغير ذلك من احكامه . ولمالك وأصحابه في معرفة انتقال الحائض الحامل اذا ثمادى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة أقوال مضطربة ، أحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها أعنى اما ان تقعد أكثر أيام الحيض ثم هي مستحاضة وإما ان تستظهر على أيامها المعتادة بثلاثة أيام مالم يكن مجموع ذلك أكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقعد حائضا ضعف أكثر أيام الحيض وقيل انها تضعف أكثر أيام الحيض بعدد الشهور التى مرت لها فى الشهر الثانى من حملها تضعف أيام أكثر الحيض مرتين وفى الثالث ثلاث مرات وفى الرابع اربع وكذلك ما زادت الاشهر . وسبب اختلافهم فى ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الامرين فانه مرة يكون الدم الذى تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة وافرة والجنين صغيرا وبذلك أمكن أن يكون حمل على حمل على ما حكاه بقراط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذى تراه الحامل اضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضاها في الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو فى الاكثر دم علة .

(المسئلة الخامسة) اختلف الفقهاء فى الصفرة والكدرة هل هي حيض أم لا . فرأت جماعة أنها حيض فى أيام الحيض وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفى المدونة عنه ان الصفرة والكدرة حيض فى أيام الحيض وفى غير أيام الحيض رأت ذلك مع الدم او لم تره . وقال داود وابو يوسف ان الصفرة والكدرة لا تكون حيضة الا باثر الدم . والسبب فى اختلافهم مخالفة ظاهر حديث ام عطية لحديث عائشة وذلك انه روى عن ام عطية انها قالت : كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الغسل شيئا وروى عن عائشة ان النساء كن يعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدرة من دم الحيض يستلنها عن الصلاة فتقول : لا تعجلن حتى تزين القصة البيضاء فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا سواء ظهرت فى أيام الحيض او فى غير أيامه مع الدم او بلا دم فان حكم الشئ الواحد فى نفسه ليس يختلف ومن

رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث أم عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة في أثر انقطاعه أو ان حديث عائشة هو في أيام الحيض وحديث أم عطية في غير أيام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث أم عطية ولم يروا الصفرة ولا الكدرة شيئاً لا في أيام حيض ولا في غيرها ولا باثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدرة ليست بدم وإنما هي من سائر الرطوبات التي ترخيها الرحم وهو مذهب أبي محمد بن حزم.

(المسئلة السادسة) اختلف الفقهاء في علامة الطهر فرأى قوم ان علامة الطهر رؤية القصة البيضاء او الجفوف وبه قال ابن حبيب من اصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادت ان تطهر بالقصة البيضاء او بالجفوف اى ذلك رأيت طهرت به، وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها بالجفوف وذلك في المندونة عن مالك * وسبب اختلافهم ان منهم من راعى العادة ومنهم ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التي عادت الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التي عادت بالقصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لاصحاب مالك

(المسئلة السابعة) اختلف الفقهاء في المستحاضة اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض كما اختلفوا في الحائض اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك في المستحاضة ابدا حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو أكثر من أقل ايام الطهر فحينئذ تكون حائضا عني اذا اجتمع لها هذان الشئان تغير الدم وان يمر لها في الاستحاضة من الايام ما يمكن ان يكون طهرا والا فهي مستحاضة أبدا . وقال أبو حنيفة تقعد أيام عادت ان كانت لها عادة وان كانت مبتدأة فعدت أكثر الحيض وذلك عنده عشرة أيام وقال الشافعي تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييز وان كانت من أهل العادة عملت على العادة وان كانت من أهلها معا فله في ذلك قولان ، أحدهما تعمل على التمييز ، والثاني على العادة .

والسبب في اختلافهم ان في ذلك حديثين مختلفين ، أحدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت أبي حبيش أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أمرها وكانت مستحاضة أن تدع الصلاة قدر أيامها التي كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذي أصابها ثم تغتسل وتصلى وفي معناه أيضا حديث أم سلمة المتقدم الذي خرجه مالك والحديث الثاني ما خرجه أبو داود من حديث فاطمة بنت أبي حبيش انها كانت استحاضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إن دم الحيضة أسود يعرف فإذا كان ذلك فامكثي عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق وهذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم

فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع، فمن ذهب مذهب ترجيح حديث أم سلمة وما ورد في معناه قال باعتبار الأيام ومالك رضى الله عنه اعتبر عدد الأيام فقط في الحائض التي تشك في الاستحاضة ولم يعتبرها في المستحاضة التي تشك في الحيض أعني لأعدادها ولا موضعها من الشهر إذ كان عندها ذلك معلوما والنص إنما جاء في المستحاضة التي تشك في الحيض فاعتبر الحكم في الفرع ولم يعتبره في الأصل وهذا غريب فتأمله ومن رجح حديث فاطمة بنت أبي حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضي ما يمكن أن يكون طهرا من أيام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب. ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الأول هو في التي تعرف عدد أيامها من الشهر وموضعها والثاني في التي لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى أنها إن لم تكن من أهل التمييز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها أولا تعرف عددها أنها تتحرى على حديث حمنة بنت جحش صححه الترمذي وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها إنما هي ركضة من الشيطان فتحيض ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلي وسيأتى الحديث بكامله بعد عند حكم المستحاضة في الطهر فهذه هي مشهورات المسائل التي في هذا الباب وهي بالجملة واقعة في أربعة مواضع، أحدها معرفة انتقال الطهر إلى الحيض والثاني معرفة انتقال الحيض إلى الطهر، والثالث معرفة انتقال الحيض إلى الاستحاضة والرابع معرفة انتقال الاستحاضة إلى الحيض وهو الذي وردت فيه الأحاديث وأما الثلاثة فمسكوت عنها أعني عن تحديدها وكذلك الأمر في انتقال النفاس إلى الاستحاضة (الباب الثالث) وهو معرفة أحكام الحيض والاستحاضة والأصل في هذا الباب قوله تعالى (ويستلونك عن الحيض) الآية والأحاديث الواردة في ذلك التي سنذكرها واتفق المسلمون على أن الحيض يمنع أربعة أشياء، أحدها فعل الصلاة ووجوبها أعني أنه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم، والثاني أنه يمنع فعل الصوم لأفضاءه. وذلك لحديث عائشة الثابت أنها قالت: كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة وإنما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج، والثالث فيما أحسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تفعل كل ما يفعل الحاج غير الطواف بالبيت؛ والرابع الجماع في الفرج لقوله تعالى (فاعتزلوا النساء في الحيض) الآية. واختلفوا من أحكامها في مسائل نذكر منها مشهوراتها وهي خمس. (المسئلة الأولى) اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض وما يستباح منها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة له منها ما فوق الأزار فقط وقال سفيان الثوري وداود

الظاهرى إنما يجب عليه ان يجتنب موضع الدم فقط . وسبب اختلافهم ظواهر
 الاحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذى في مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد
 في الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة انه عليه الصلاة والسلام :
 كان يأمر اذا كانت احدهن حائضا أن تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد أيضا من
 حديث ثابت بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا كل شئ بالحائض الا
 النكاح وذكر أبوداود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهي حائض
 اكشفي عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذي وحنيت
 عليه حتى دفى وكان قد أوجبه البرد وأما الاحتمال الذى في آية الحيض فهو تردد قوله
 تعالى (قل هو أذى فاعتزلوا النساء في الحيض) بين أن يحمل على عمومه الا ما خصه الدليل
 أو ان يكون من باب العام أريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه (قل هو أذى) والذى انما يكون في
 موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم أعني انه اذا كان الواجب عنده ان يحمل هذا القول
 على عمومه حتى يخصه الدليل استثنى من ذلك ما فوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز
 تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين ومن كان عنده من باب العام اريد به الخاص رجح
 هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الازار وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار
 المانعة مما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا
 المعنى الذى نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه اذى فحمل احاديث المنع لما تحت الازار
 على الكراهية وأحاديث الاباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا بأنه
 قد دلت السنة انه ليس من جسم الحائض شئ نجس الا موضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم سأل عائشة أن تناوله الحمرة وهي حائض فقالت انى حائض فقال عليه الصلاة
 والسلام: ان حيضتك ليست في يديك ومائت أبيض من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام
 وهي حائض وقوله عليه الصلاة والسلام : ان المؤمن لا ينجس .

(المسئلة الثانية) اختلفوا في وطء الحائض في طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك
 والشافعى والجمهور الى ان ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى ان
 ذلك جائز اذا طهرت لاكثر أمد الحيض وهو ع . ع . عشرة أيام وذهب الاوزاعى
 الى أنها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها أين كل حائض طهرت متى طهرت
 وبه قال أبو محمد بن حزم . وسبب اختلافهم الاحتمال الذى في قوله تعالى (فاذا
 تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله) هل المراد به الطهر الذى هو انقطاع دم
 الحيض أم الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء هل المراد به طهر جميع الجسد أم
 طهر الفرج فان الطهر في كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه

الثلاثة المعاني وقد رجع الجمهور مذهبهم بأن صيغة التفعّل انما تنطلق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى (فاذا تطهروا) أظهر في معنى الغسل بالماء منه في الطهر الذي هو انقطاع الدم والاظهر يجب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعلن في قوله تعالى (حتى يطهروا) هو أظهر في الطهر الذي هو انقطاع دم الحيض منه في التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر في قوله تعالى حتى يطهروا معنى واحداً من هذه المعاني الثلاثة ان يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهروا لانه مما ليس يمكن أو بما يعسر أن يجمع في الآية بين معنيين من هذه المعاني مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهروا النقاء ويفهم من لفظ تطهروا الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكين في الاحتجاج لما لك فانه ليس من عادة العرب ان يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فأعطه درهما لان الجملة الثانية هي مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأول قوله تعالى (ولا تقربوهن حتى يطهروا) على أنه النقاء وقوله (فاذا تطهروا) على أنه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما وذلك غير مفهوم في كلام العرب الا ان يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهروا ويتطهروا فاذا تطهروا فأتوهن من حيث أمركم الله وفي تقدير هذا الحذف بعدم ما لا دليل عليه الا ان يقول قائل ظهور لفظ التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف في الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد هنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فما ترجح عنده منها على صاحبه عمل عليه وأعني بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهروا في الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف في الآية ان أحب أن يحمل لفظ تطهروا على ظاهره من النقاء فأى الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه أعني اما الا يقدر في الآية حذفاً وحمل لفظ فاذا تطهروا على النقاء أو يقدر في الآية حذفاً وحمل لفظ فاذا تطهروا على الغسل بالماء أو يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهروا في الاغتسال وظهور لفظ يطهروا في النقاء فأى كان عنده أظهر أيضاً صرف تأويل اللفظ الثاني له وعمل على انها يدلان في الآية على معنى واحد أعني إما على معنى النقاء وإما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباع النظر الفقهي ان ينتهي في هذه الاشياء الى أكثر من هذا فتأمل وفي مثل هذه الحال يسوغ أن يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار أبي حنيفة أكثر الحيض في هذه المسئلة فضعيف.

(المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء في الذي يأتى امرأته وهي حائض فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شئ عليه وقال أحمد بن حنبل يتصدق بدينار أو بنصف دينار وقالت فرقة من أهل الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الأحاديث الواردة في ذلك أو وهيا وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يأتى امرأته وهي حائض انه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى أيضا في حديث ابن عباس هذا : انه ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار وروى في هذا الحديث يتصدق بخمسي دينار وبه قال الاوزاعى فمن صح عنه شئ من هذه الأحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنه شئ منها وهم الجمهور عمل على الاصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في المستحاضة فقوم أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط وذلك عند ما ترى انه قد انقضت حيضتها باحدى تلك العلامات التي تقدمت على حسب مذهب هؤلاء في تلك العلامات وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهرا واحدا انقسموا قسمين فقوم أوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وقوم استحباوا ذلك لها ولم يوجبوه عليها والذين أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط هم مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الامصار وأكثر هؤلاء أوجبوا عليها أن تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها الاستحبابا وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة أن تتطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب ان تؤخر الظهر الى أول العصر ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب الى آخر وقتها وأول وقت العشاء وتتطهر طهرا ثانيا وتجمع بينهما ثم تتطهر طهرا ثالثا لصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة اطهار في اليوم واليلة وقوم رأوا أن عليها طهرا واحدا في اليوم واليلة ومن هؤلاء من لم يحدله وقتا وهو مروى عن علي ومنهم من رأى أن تتطهر من طهر الى طهر فيحصل في المسئلة بالجملة أربعة أقوال قول انه ليس عليها الا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض ، وقول ان عليها الطهر لكل صلاة ، وقول ان عليها ثلاثة اطهار في اليوم واليلة ؛ وقول ان عليها طهرا واحدا في اليوم واليلة . والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك وذلك ان الوارد في ذلك من الأحاديث المشهورة أربعة أحاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها أما المتفق على صحته فحديث عائشة قالت : جاءت فاطمة ابنة أبى حبيش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : انى امرأة استحاض فلا أطهر أقادع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام : لا إنما ذلك عرق

وليست بالحیضة فاذا اقبلت الحيضة فدعى الصلاة واذا أدبرت فاعسلى عنك الدم وصلى
وفي بعض روايات هذا الحديث وتوضئ لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخارى
ولا مسلم وخارجها ابو داود وصححها قوم من أهل الحديث والحديث الثانى حديث
عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمن بن عوف انها استحاضت فأمرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا أسنده
اسحاق عن الزهرى وأما سائر اصحاب الزهرى فانما رووا عنه انها استحاضت فسالت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : انما هو عرق وليست بالحیضة وأمرها أن
تغتسل وتصلى فكانت تغتسل لكل صلاة على ان ذلك هو الذى فهمت منه لا ان
ذلك منقول عن لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذا الطريق خرجه البخارى . واما
الثالث فحديث اسماء ابنة عميس انها قالت يا رسول الله ان فاطمة ابنة أبى حبيش
استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لتغتسل للظهر والعصر غسلا واحدا
وللمغرب والعشاء غسلا واحداً وتغتسل للفجر وتوضأُ فيها بين ذلك خرجه ابو داود .
وصححه ابو محمد بن حزم . واما الرابع فحديث حنة ابنة جحش وفيه ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم خيرها بين ان تصلى الصلوات بطهر واحد عندما ترى انه قد انقطع دم الحيض
وبين ان تغتسل في اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث اسماء بنت عميس الا ان هنالك ظاهره
على الوجوب وهنا على التخيير فلما اختلف ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء في
تأويلها أربعة مذاهب مذهب النسخ؛ ومذهب الترجيح؛ ومذهب الجمع؛ ومذهب البناء
والفرق بين الجمع والبناء ان البانى ليس يرى ان هنالك تعارضاً فيجمع بين الحديثين
وأما الجامع فهو يرى ان هنالك تعارضاً في الظاهر فتأمل هذا فانه فرق بين أما من
ذهب مذهب الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حيش لمكان الاتفاق على صحته عمل
على ظاهره أعنى من أنه لم يأمرها صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة ولا
ان تجمع بين الصلوات بغسل واحد ولا بشئ من تلك المذاهب الى هذا ذهب مالك
وأبو حنيفة والشافعى وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة
الواردة فيه وهو الامر بالوضوء لكل صلاة أو جب ذلك عليها . ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك
عليها . وأما من ذهب بمذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة
الذى من رواته ابن اسحق تعارض أصلاً وان الذى في حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على
ما في حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض
يمنع الصلاة أم لا فاخبرها عليه الصلاة والسلام انها ليست بحيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه
بوجوب الطهر أصلاً لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفي حديث أم حبيبة أمرها

بشيء واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن للجمهور أن يقولوا إن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلو كان واجبا عليها الطهر لكل صلاة لأخبرها بذلك وبعده أن يدعى مدعى أنها كانت تعرف ذلك مع أنها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض وأما تركه عليه الصلاة والسلام لإعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فضمن في قوله أنها ليست بالحيضة لأنه كان معلوما من سنته عليه الصلاة والسلام أن انقطاع الحيض يوجب الغسل فإذا أنما لم يخبرها بذلك لأنها كانت طالة به وليس الأمر كذلك في وجوب الطهر لكل صلاة إلا أن يدعى مدعى أن هذه الزيادة لم تكن قبل ثابته وتثبت بعد فيتطرق إلى ذلك المسئلة المشهورة هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى في بعض طرق حديث فاطمة امرء عليه الصلاة والسلام لها بالغسل . فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء . وأما من ذهب مذهب النسخ فقال إن حديث أسماء بنت عميس ناسخ لحديث أم حبيبة واستدل على ذلك بما روى عن عائشة أن سهلة ابنة سهيل استحاضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهدها ذلك أمرها أن تجمع بين الظهر والعصر في غسل واحد والمغرب والعشاء في غسل واحد وتغتسل ثلثا للصبح . وأما الذين ذهبوا مذهب الجمع فقالوا إن حديث فاطمة ابنة حيش محمول على التي تعرف أيام الحيض من أيام الاستحاضة وحديث أم حبيبة محمول على التي لا تعرف ذلك فأمرت بالطهر في كل وقت احتياطا للصلاة وذلك أن هذه إذا قامت إلى الصلاة يحتمل أن تكون طهرت فيجب عليها أن تغتسل لكل صلاة . وأما حديث أسماء ابنة عميس فمحمول على التي لا يتميز لها أيام الحيض من أيام الاستحاضة إلا أنه قد ينقطع عنها في أوقات فهذه إذا انقطع عنها الدم وجب عليها أن تغتسل وتصلي بذلك الغسل صلاتين . وهنا قوم ذهبوا مذهب التأخير بين حديثي أم حبيبة وأسماء واحتجوا لذلك بحديث حمزة ابنت جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبرها وهؤلاء . منهم من قال إن الحيرة هي التي لا تعرف أيام حيضتها . ومنهم من قال بل هي المستحاضة على الإطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا قول خامس في المسئلة إلا أن الذي في حديث حمزة ابنة جحش إنما هو التأخير بين أن تصلي الصلوات كلها بطهر واحد وبين أن تطهر في اليوم والليله ثلاث مرات . وأما من ذهب إلى أن الواجب أن تطهر في كل يوم مرة واحدة فلهذا إنما أوجب ذلك عليها لمكان الشك . ولست أعلم في ذلك أنرا .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال قوم يجوز وطؤها وهو الذي عليه فقهاء الأمصار وهو مروي عن ابن عباس وسعيد

ابن المسيب وجماعة من التابعين، وقال قوم ليس يجوز وطؤها وهو مروي عن عائشة وبه قال النخعي والحكم؛ وقال قوم لا يأتيتها زوجها إلا أن يطول ذلك بها وبهذا القول قال أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هي رخصة لمكان تأكيد وجوب الصلاة أم إنما أبيحت لها لأن حكمها حكم الطاهر فمن رأى أن ذلك رخصة لم يجز لزوجها أن يطأها ومن رأى أن ذلك لأن حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهي بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفريق بين الطول ولا طول فاستحسان .

﴿ كتاب التيمم ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب . الباب الاول في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة بدل منها، الثاني في معرفة من تجوز له هذه الطهارة؛ الثالث في معرفة شروط جواز هذه الطهارة؛ الرابع في صفة هذه الطهارة، الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة، السادس في نواقض هذه الطهارة، السابع في الاشياء التي هذه الطهارة شرط في صحتها أو في استباحتها .

﴿ الباب الاول ﴾

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى واختلفوا في الكبرى فروى عن عمر وابن مسعود انهما كانا لا يريانها بدلا من الكبرى وكان علي وغيره من الصحابة يرون ان التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قال عامة الفقهاء . والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في آية التيمم وان لم نصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم لمجنب أما الاحتمال الوارد في الآية فلان قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) يحتمل أن يعود الضمير الذي فيه على المحدث حدثا أصغر فقط ويحتمل أن يعود عليهما معا لكن من كانت الملامسة عنده في الآية الجماع فالأظهر انه عائد عليهما معا ومن كانت الملامسة عنده هي اللمس باليد أعنى في قوله تعالى (أو لامستم النساء) فالأظهر انه إنما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا أصغر فقط اذ كانت الضمائر إنما يحمل أبدا عودها على أقرب مذكور الا ان يقدر في الآية تقديمها وتأخيرها حتى يكون تقديرها هكذا يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة أوجأ أحدكم من الغائط أو لامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين وان كنتم جنبا فاطهروا وان كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا

طيبا ومثل هذا ليس ينبغي أن يصار اليه الابدليل فان التقديم والتأخير مجاز وحمل
الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز وقد يظن ان في الآية شيئا يقتضى تقديمه
وتأخيرا وهو أن حملها على ترتيبها يوجب إن المرض والسفر حدثان لكن هذا لا يحتاج
اليه اذا قدرت أو ههنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر
وكان سنان ألا يسرحوا نعما * أو يسرحوه بها واغبرت السرح

فانه إنما يقال سنان زيد وعمرو وهذا هو أحد الأسباب التي أوجبت الخلاف في هذه
المسألة وأما ترتيبهم في الآثار التي وردت في هذا المعنى فبين مما خرجه البخارى ومسلم
ان رجلا أتى عمر رضى الله عنه فقال أجنب فلم أجد الماء فقال لا تصل فقال عمار
أما تذكر يا أمير المؤمنين اذ أنا وأنت في سرية فاجنبنا فلم نجد الماء فاما أنت فلم تصل
وأما أنا فتمعكت في التراب فصليت فقال النبي صلى الله عليه وسلم إنما كان يكفيك أن
تضرب يديك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله يا عمار
فقال ان اشئت لم أحدث به وفي بعض الروايات أنه قال له عمر نوايك ماتوليت وخرج
مسلم عن شقيق قال كنت جالسا مع عبد الله بن مسعود وأبى موسى فقال أبو موسى
يا أبا عبد الرحمن أرأيت لو أن رجلا أجنب فلم يجد الماء شهرا كيف يصنع بالصلاة
فقال عبد الله لا بى موسى لا يتيمم وان لم يجد الماء شهرا فقال أبو موسى فكيف بهذه
الآية في سورة المائدة (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) فقال عبد الله لو رخص
لهم في هذه الآية لا وشك اذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد فقال أبو موسى لعبد الله
ألم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يقع بقول
عمار لكن الجمهور رأوا ان ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين خرجهما
البخارى وان نسيان عمر ليس مؤثرا في وجوب العمل بحديث عمار وأيضا فاتهم
استدلوا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام . جعلت لى
الارض مسجدا وطهورا وأما حديث عمر ان بن الحصين فهو ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال . يا فلان أما يكفيك أن تصل مع
القوم فقال يا رسول الله أصابتني جنابة ولأما فقال عليه الصلاة والسلام . عليك
بالصعيد فانه يكفيك ولموضع هذا الاحتمال اختلفوا هل من ليس عنده ماء ان يطأ
اهله ام لا يطؤها اعنى من يجوز للجنب التيمم .

❦ الباب الثانى ❦

واما من من تجوز له هذه الطهارة فاجع العلماء انها تجوز لاثنتين للمريض والمسافر

إذا عدا الماء واحتلفوا في أربع في المريض يجد الماء ويخاف من استعماله وفي الحاضر
يعدم الماء وفي الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول إليه خوف وفي الذي
يخاف من استعماله من شدة البرد . فاما المريض الذي يجد الماء ويخاف من استعماله
فقال الجمهور يجوز التيمم له . وكذلك الصحيح الذي يخاف الهلاك أو المرض الشديد
من برد الماء وكذلك الذي يخاف من الخروج الى الماء الا ان معظمهم اوجب عليه
الاعادة اذا وجد الماء . وقال عطاء لا يتيمم المريض ولا غير المريض اذا وجد الماء ، وأما
الحاضر الصحيح الذي يعدم الماء فذهب مالك والشافعي الى جواز التيمم له وقال ابو
حنيفة لا يجوز التيمم للحاضر الصحيح وان عدم الماء . وسبب اختلافهم في هذه المسائل
الأربع التي هي قواعد هذا الباب . اما في المريض الذي يخاف من استعمال الماء فهو
اختلافهم هل في الآية محذوف مقدر في قوله تعالى (وان كنتم مرضى او على سفر)
فمن رأى ان في الآية حذفاً وان تقدير الكلام وان كنتم مرضى لا تقدر على استعمال
الماء وان الضمير في قوله تعالى فلم تجدوا ماء انما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم
للمريض الذي يخاف من استعمال الماء ومن رأى ان الضمير في لم تجدوا ماء يعود على
المريض والمسافر معاً وانه ليس في الآية حذف لم يجز المريض اذا وجد الماء التيمم
وأما سبب اختلافهم في الحاضر الذي يعدم الماء فاحتمال الضمير الذي في قوله تعالى
فلم تجدوا ماء أن يعود على أصناف المحدثين أعني الحاضرين والمسافرين أو على
المسافرين . فقط فمن رآه طائداً على جميع أصناف المحدثين أجاز التيمم للحاضرين . ومن
رآه طائداً على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر
الذي يعدم الماء . وأما سبب اختلافهم في الحائث من الخروج الى الماء فاختلافهم في
قياسه على من عدم الماء . وكذلك اختلافهم في الصحيح يخاف من برد الماء السبب
فيه هو اختلافهم في قياسه على المريض الذي يخاف من استعمال الماء وقد رجح
مذهبهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر في الخروج الذي اغتسل فاته
فأجاز عليه الصلاة والسلام المسح له وقال : قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضاً قياس
الصحيح الذي يخاف من برد الماء على المريض بما روى أيضاً في ذلك عن عمرو بن
الأسود انه أجنب في ليلة باردة فتييم وتلى قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان
بكم رحيماً) فذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فلم يعتف .

الباب الثالث

وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل قواعد ؛ احداها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا ، والثانية هل الطلب شرط في جواز التيمم عند عدم الماء أم لا ، والثالثة هل دخول الوقت شرط في جواز التيمم أم لا .

(أما المسئلة الاولى) فالجمهور على ان النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذ زفر فقال ان النية ليست بشرط فيها وأنها لا تحتاج الى نية وقد روى ذلك أيضاً عن الاوزاعي والحسن بن حي وهو ضعيف .

(وأما المسئلة الثانية) فان مالكا رضى الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعي ولم يشترطه أبو حنيفة . وسبب اختلافهم في هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء صوت طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء الا اذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق في هذا أن يعتقد أن المتيقن لعدم الماء إما بطلب متقدم واما بغير ذلك هو عادم للماء واما الظان فليس بعادم للماء ولذلك يضعف القول بتكرار الطلب الذي في المذهب في المكان الواحد بعينه ويقوى اشتراطه ابتداء اذا لم يكن هنالك علم قطعي بعدم الماء .

(وأما المسئلة الثالثة) وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب الشافعي ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضى ان لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فواجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم في هذا حكم الصلاة اعنى أنه كما أن الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا ان الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقى التيمم على أصله أم ليس يقتضى هذا ظاهر مفهوم الآية وان تقدير قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أى اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضاً فانه لو لم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك الايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لا أنه لا يجزى ان وقع قبل الوقت الا أن يقاسا على الصلاة فلذلك الاولى أن يقال في هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء أشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعنى من يشترط في صحته دخول الوقت ويجمله من العبادة المؤقتة فان التوقيت

في العبادة لا يكون الا بدليل سمعي وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة مؤقتة لكن من باب أنه ليس ينطلق اسم التيمم واجد للماء الا عند دخول وقت الصلاة لانه ما لم يدخل وقتها أمكن ان يطرأ هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل في أول الوقت او في وسطه او في آخره لكن ههنا مواضع يعلم قطعا ان الانسان ليس بطارىء على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطارىء عليه وايضا فان قدرنا طرو الماء فلايس يجب عليه الا نقض التيمم فقط لا يمنع صحته وتقدير الطرو هو ممكن في الوقت وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه في الوقت أعنى انه قبل الوقت يمنع انفة اذ التيمم وبعد دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغي ان يصار اليه الا بدليل سمعي ويلزم على هذا الا يجوز التيمم الا في آخر الوقت فتأمل.

﴿ الباب الرابع ﴾

واما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب .
 (المسئلة الاولى) اختلف الفقهاء في حد الايدي التي امر الله بمسحها في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه على اربعة اقوال ، القول الاول ان الحد الواجب في ذلك هو الحد الواجب بينه في الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء الامصار ، والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال أهل الظاهر وأهل الحديث ، والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروي عن مالك ، والقول الرابع أن الفرض الى الماكب وهو شاذ روى عن الزهري ومحمد بن مسلمة . والسبب في اختلافهم اشترك اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب يقل على ثلاثة معان على الكف فقط وهو أظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والمضد . والسبب الثاني اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة : انما يكفيك أن تضرب بيديك ثم تتنقع فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وورد في بعض طرقه انه قال له عليه الصلاة والسلام . وان تمسح بيديك الى المرفقين وروى أيضا عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : التيمم ضربتان ضربة الموجه وضربة لايدين الى المرفقين وروى أيضا من طريق ابن عيسى ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة ضد القياس لها أعنى من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بالنظام اسم اليد عن الكف الذي هو فيه أظهر الى الكف

والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في احدهما أظهر منه في الثاني فقد أخطأ فان اليد وان كانت اسما مشتركا فهي في الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذي وضع من أول أمره مشتركا وفي هذا قال الفقهاء إنه لا يصح الاستدلال به وللتك ما نقول إن الصواب هو أن يعتقد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلوا أن يكون في الكف أظهر منه في سائر الأجزاء أو يكون دلالة على سائر أجزاء النراع والعضد بالسواء فان كان أظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الاخذ بالظاهر وان لم يكن أظهر فيجب المصير الى الاخذ بالأثر الثابت فأما أن يغلب القياس هنا على الأثر فلا معنى له ولا أن ترجح به أيضاً أحاديث ثبتت بعد القول في هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأمله وأما من ذهب الى الآباط فانما ذهب الى ذلك لأنه قد روى في بعض طرق حديث عمار أنه قال : نيمنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحوا بوجوهنا وأيدينا الى الماكب ومن ذهب الى ان يحمل تلك الاحاديث على التدب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع أولى من الترجيح عند أهل الكلام الفقهي الا أن هذا انما ينبغي أن يصار اليه إن صحت تلك الاحاديث .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في عدد الضربات على الصعيد التيمم ، فمنهم من قال واحدة ، ومنهم من قال اثنتين والذين قالوا اثنتين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور واذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم أعني مالكا والشافعي وأبا حنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما أعني لليد ضربتان وللوجه ضربتان . والسبب في اختلافهم أن الآية مجملة في ذلك والاحاديث متعارضة وقيام التيمم على الوضوء في جميع أحواله غير متفق عليه والذي في حديث عمار الثابت من ذلك انما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معاً لكن هنا أحاديث فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الاحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء .

(المسئلة الثالثة) اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة وغيرها في وجوب توصيل التراب الى أعضاء التيمم فلم ير ذلك أبو حنيفة واجباً ولا مالك ورأى ذلك الشافعي واجباً وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف من في قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وذلك ان منه قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز المجلس فمن ذهب الى انها هنا للتبعيض أوجب نقل التراب الى أعضاء التيمم ومن رأى انها لتمييز المجلس قال ليس النقل واجباً والشافعي إنما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم تنفخ فيها وتيمم رسول الله صلى

الله عليه وسلم على الحائط وينبغي أن تعلم أن الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم
ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم في ذلك في الوضوء وأسباب الخلاف هنالك هي
أسبابه هنا فلا معنى لاعادته .

« الباب الخامس »

فيما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسألة واحدة وذلك أنهم اتفقوا على جوازها
بتراب الحرث الطيب . واختلفوا في جواز فعلها بما عدى التراب من أجزاء الأرض
المتولدة عنها كالحجارة فذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز التيمم إلا بالتراب الخالص
وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الأرض من
أجزائها في المشهور عنه الحصى والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد
من الأرض من الحجارة مثل النورة والزرنيخ والجص والطين والرخام ومنهم من
شرط أن يكون التراب على وجه الأرض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم
بغبار الثوب والمبدي . والسبب في اختلافهم شيان ، أحدهما اشتراك اسم الصعيد في
لسان العرب فإنه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق على جميع أجزاء الأرض
الظاهرة حتى أن مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أغنى الصعيد أن
يجزوا في إحدى الروايات عنهم التيمم على الحشيش وعلى الثلج قالوا لأنه يسمى
صعيدا في أصل التسمية أغنى من جهة صعوده على الأرض وهذا ضعيف . والسبب
الثاني إطلاق اسم الأرض في جواز التيمم بها في بعض روايات الحديث المشهور وتقيدها
بالتراب في بعضها وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا
فإن في بعض رواياته جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا وفي بعضها جعلت لي الأرض
مسجدا وجعلت لي تربتها طهورا وقد اختلف أهل الكلام الفقهي هل يقضى بالطلق
على المقيد أو بالمقيد على المطلق . والمشهور عندهم أن يقضى بالمقيد على المطلق وفيه
نظر ومنه ذهب أبي محمد بن حزم أن يقضى بالطلق على المقيد لأن المطلق فيه زيادة
معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز
التيمم إلا بالتراب ومن قضى بالطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجه
الأرض من أجزائها أجاز التيمم بالرمل والحصى وأما إجازة التيمم بما يتولد منها
مضعف إذ كان لا يتناول اسم الصعيد فإن أعم دلالة اسم الصعيد أن يدل على ما تدل
عليه الأرض لا أن يدل على الزرنيع والنورة ولا على الثلج والحشيش والله الموفق
للمصواب . والاشتراك الذي في اسم الطيب أيضا من أحد دواعي الخلاف .

الباب السادس

وأما نواقض هذه الطهارة فانهم اتفقوا على أنه ينقضها ما ينقض الأصل الذي هو الوضوء والطهر. واختلفوا من ذلك في مسألتين ، أحدهما هل ينقضها إرادة صلاة أخرى مفروضة غير المفروضة التي تيمم لها، والمسألة الثانية هل ينقضها وجود ماء أم لا .

(المسألة الأولى) فذهب مالك فيها إلى أن إرادة الصلاة الثانية تنقض طهارة الأولى، وهذا مذهب غيره خلاف ذلك وأصل هذا الخلاف يدور على شيئين ، أحدهما هل في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة) محذوف مقدر أعني إذا قمتم من النوم أو قمتم محدثين أم ليس هنالك محذوف أصلا فن رأى أن لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب الوضوء أو التيمم عند القيام لكل صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقى التيمم على أصله لكن لا يلغى أن يحتج بهذا لما لك فإن مالكا يرى أن في الآية محذوفة على ما رواه عن زيد بن أسلم في موطنه . وأما السبب الثاني فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو المزمع لأصول مالك أعني أن يحتج له بهذا وقد تقدم القول في هذه المسألة ومن لم يتكرر عنده الطلب وقدر في الآية محذوف لم ير إرادة الصلاة الثانية مما ينقض التيمم .

(وأما المسألة الثانية) فإن الجمهور ذهبوا إلى أن وجود الماء ينقضها، وذهب قوم إلى أن الناقض لها هو الحدث. وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التي كانت بالتراب أو يرفع ابتداء الطهارة به فن رأى أنه يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضها إلا الحدث ومن رأى أنه يرفع استصحاب الطهارة قال أنه ينقضها فان حد الناقض هو الرفع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا ما لم يجد الماء والحديث محتمل فانه يمكن أن يقال إن قوله عليه الصلاة والسلام : ما لم يجد الماء يمكن أن يفهم منه فإذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت ويمكن أن يفهم منه فإذا وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة والاقوى في عند الجمهور هو حديث أبي سعيد الخدري وقوله عليه الصلاة والسلام قال : فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك فان الأمر محمول عند جمهور المتكلمين على الفور وإن كان أيضا قد يتطرق إليه الاحتمال المتقدم فتأمل هذا . وقد حمل الشافعي تسليمه أن وجود الماء يرفع هذه الطهارة أن قال إن التيمم ليس رافعا للحدث أي ليس مفيدا للتيمم الطهارة الرافعة للحدث وإنما هو ميسر للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له فان الله قد ساء طهارة وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا إن التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه إلا

الحدث . والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء في حقها هو حدث خاص بها على القول بان الماء ينقضها . واتفق القائلون بان وجود الماء ينقضها على أنه ينقضها قبل الشروع في الصلاة وبعد الصلاة واختلفوا . هل ينقضها طروء في الصلاة فذهب مالك والشافعي وداود الى أنه لا ينقض الطهارة في الصلاة وذهب أبو حنيفة وأحمد وغيرهما الى أنه ينقض الطهارة في الصلاة وهم أحفظ للأصل لأنه أمر غير مناسب للمشروع أن يوجد شيء واحد لا ينقض الطهارة في الصلاة وينقضها في غير الصلاة وبمثل هذا شنعوا على مذهب أبى حنيفة فيما يراه من أن الضحك في الصلاة ينقض الوضوء مع أنه مستند في ذلك الى الاثر فتأمل هذه المسئلة فانها بينة ولا حجة في الظواهر التي يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى (ولا تبطلوا اعمالكم) فان هذا لم يبطل الصلاة بارادته وانما ابطلها طروء الماء كما لو أحدث .

﴿ الباب السابع ﴾

واتفق الجمهور على أن الافعال التي هي هذه الطهارة شرط في صحتها هي الافعال التي الوضوء شرط في صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك . واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فقط فشهوره مذهب مالك أنه لا يستباح بها صلاتان مفروقتان أبدا . واختلف قوله في الصلاتين المقضيتين والمشهور عنه أنه اذا كانت إحدى الصلاتين فرضا والاخرى نفلا أنه إن قدم الفرض جمع بينهما وان قدم النفل لم يجمع بينهما . وذهب أبو حنيفة الى أنه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمة واحد . وأصل هذا الخلاف هل هو التيمم يجب لكل صلاة أم لا إما من قبل ظاهر الآية كما تقدم وإما من قبل وجوب تكرار الطلب وإما من كليهما .

﴿ كتاب الطهارة من النجس ﴾

والقول المحيط بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر في ستة أبواب . الباب الاول في معرفة حكم هذه الطهارة أعنى في الوجوب أو في الندب اما مطلقا واما من جهة انها مشترطة في الصلاة . الباب الثاني في معرفة أنواع النجاسات . الباب الثالث في معرفة المحال التي يجب ازالتها عنها . الباب الرابع في معرفة الشيء الذي به تزال . الباب الخامس في صفة ازالتها في محل محل ، الباب السادس في آداب الاحداث

﴿ الباب الاول ﴾

والاصل في هذا الباب أما من الكتاب فقوله تعالى (وثيابك فطهر وأما من الستة آثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه الصلاة والسلام : من توضأ فليستثر ومن استجمر فليوتر ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب وأمره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابي وقوله عليه الصلاة والسلام في صاحبي القبر: انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتره من البول . واتفق العلماء لمكان هذه المسموعات على أن إزالة النجاسة مأمور بها في الشرع . واحتاتفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب المذكور وهو الذي يعبر عنه بالسنة فقال قوم إن إزالة النجاسات واجبة وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال قوم إزالتها سنة مؤكدة وليست بفرض؛ وقال قوم هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين القولين عن مالك وأصحابه . وسبب اختلافهم في هذه المسألة راجع الى ثلاثة أشياء ؛ أحدها اختلافهم في قوله تبارك وتعالى (وثيابك فطهر) هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجاز ، والسبب الثاني تعارض ظواهر الآثار في وجوب ذلك ، والسبب الثالث اختلافهم في الامر والنهي الوارد لعملة معقولة المعنى هل تلك العملة المفهومة من ذلك الامر أو النهي قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب والنهي من الحظر الى الكراهة أم ليست قرينة وأنه لا فرق في ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وإنما صار من صار الى الفرق في ذلك لان الاحكام المعقولة المعاني في الشرع أكثرها هي من باب محاسن الاخلاق أو من باب المصالح وهذه في الأكثر هي مندوب اليها فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم ير فيها حجة . وأما الآثار المتعارضة في ذلك فمنها حديث صاحبي القبر المشهور وقوله فيهما صلى الله عليه وسلم : انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتره من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضي الوجوب لان العذاب لا يتعلق الا بالواجب؛ وأما المعارض لذلك فما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رمى عليه وهو في الصلاة سلاجزور بالسهم والفرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا أنه لو كانت إزالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة ، ومنها ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه نعالهم فانكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال :

فإنما خلقها لأن جبريل أخبرني أن فيها قدراً فظاهر هذا أنه لو كانت واجبة لما بنى على ما مضى من الصلاة فمن ذهب في هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال إما بالوجوب إن رجح ظاهر حديث الوجوب أو بالنسب إن رجح ظاهر حديثي النسب أعني الحديثين اللذين يقتضيان أن أزالها من باب النسب المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع ففهم من قال هي فرض مع الذكر والقدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هي فرض مطلقاً وليست من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسألة وهو ضعيف لأن النجاسة إنما ترال في الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولة أعني أنه جعل الغير معقولة أكد في باب الوجوب فرق بين الأمر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الأمر الوارد في الطهارة من النجس لأن الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الأخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاحهم في العمل مع أنها لا تفك من أن يوطأ بها النجاسات غالباً ما أجمعوا عليه من العفو عن اليسير في بعض النجاسات .

الباب الثاني

وأما أنواع النجاسات فإن العلماء اتفقوا من أعيانها على أربعة ، ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى ، وعلى لحم الخنزير بأى سبب اتفق أن تذهب حياته ، وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى انفصل من الحى أو الميت إذا كان مسفوحاً أعني كثيراً ، وعلى بول ابن آدم ورجيعه وأكثرهم على نجاسة الخمر وفى ذلك خلاف عن بعض المحدثين واختلفوا فى غير ذلك والقواعد من ذلك سبع مسائل .

(المسألة الأولى) اختلفوا فى ميتة الحيوان الذى لادم له وفى ميتة الحيوان البحرى فذهب قوم الى أن ميتة ما لادم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك وأصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم التى لادم لها فى النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعى إلا ما وقع الاتفاق على أنه ليس بميتة مثل دود الحل وما يتولد فى الأطعمة وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة ما لادم له وهو مذهب أبى حنيفة وسبب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وذلك أنهم فيما أحسب اتفقوا أنه من باب العام أريد به الخاص ، واختلفوا أى خاص أريد به ففهم من استثنى من ذلك ميتة البحر وما لادم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة ما لا دم له فقط . وسبب اختلافهم فى هذه المستثنيات هو سبب اختلافهم فى

الدلائل المخصوصة : أما من استنتى من ذلك مالا دم له فحجته مفهوم الاثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من أمره بمقل الذباب اذا وقع في الطعام قالوا فهذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذى دم . وأما الشافعى فعنده ان هذا خاص بانذباب لقوله عليه الصلاة والسلام : فان فى احدى جناحيه داء وفى الاخرى دواء ووهن الشافعى هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من أنواع المحرمات ، أحدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الاكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما مفترق فكيف يجوز أن يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قولى كبرى فانه لو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمة عن الحيوان بالمذكاة وتبقى حرمة الدم الذى لم ينفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سببا ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد أن الاسكار هو سبب التحريم . وأما من استنتى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الاثر الثابت فى ذلك من حديث جابر وفيه انهم أكلوا من الحوت الذى رماء البحر أياما وتزودوا منه وانهم أخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقى منه شيء وهو دليل على أنه لم يجوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم . واحتجوا أيضا بقوله عليه الصلاة والسلام : هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وأما أبو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الاثر إما لان الآية مقطوع بها والاثار مظنون وإما لانه رأى ان ذلك رخصة م أعنى حديث جابر أو لانه احتمل عنده أن يكون الحوت مات بسبب وهو رمى بحر به الى الساحل لان الميتة هو ما مات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ، اختلافهم فى هذا أيضا سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير فى قوله تعالى (وطعامه اما لكم وللسيارة) أعنى ان يعود على البحر أو على الصيد نفسه فمن أعاده على البحر وطعامه هو الطافي ومن أعاده على الصيد قال هو الذى أحل فقط من صيد البحر . أن الكوفيين أيضا تمسكوا فى ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف المسألة الثانية) وكما اختلفوا فى أنواع الميتات كذلك اختلفوا فى اجزاء ما اتفقوا به وذلك انهم اتفقوا على ان اللحم من اجزاء الميتة ميتة واختلفوا فى العظام والشعر . ذهب الشافعى الى ان العظم والشعر ميتة وذهب أبو حنيفة الى انها ليسا بميتة وذهب مالك لافرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة . وسبب اختلافهم

هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من أفعال الاعضاء فمن رأى ان النمو والتغذى هو من أفعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النمو والتغذى فهي ميتة ومن رأى انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال ان الشعر والعظام ليست بميتة لانها لا حس لها ومن فرق بينهما أوجب للعظام الحس ولم يوجب الشعر وفي حسن العظام اختلاف والامر مختلف فيه بين الاطباء ومما يدل على ان التغذى والنمو ليسا هما الحياة التي يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على ان ما قطع من اليهية وهي حية انه ميتة لورود ذلك في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ما قطع من اليهية وهي حية فهو ميتة واتفقوا على ان الشعر اذا قطع من الحي انه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذى والنمو لقل في النبات المقلوع انه ميتة وذلك ان النبات فيه التغذى والنمو وللشافعي أن يقول ان التغذى الذي ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى الموجود في الحساس .

(المسألة الثالثة) اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها مطلقا دبغت أو لم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو ألا ينتفع بها أصلا وان دبغت وذهب قوم الى العرق بين أن تدبغ وأن لا تدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وعن مالك في ذلك روايتان ، احدهما مثل قول الشافعي والثانية أن الدباغ لا يطهرها ولكنها تستعمل في اليابسات والذين ذهبوا الى أن الدباغ مطهر انفقوا على أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعنى المباح الاكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعي الى انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وانه بدل منها في افادة الطهارة وذهب أبو حنيفة الى تأثير الدباغ في جميع ميتات الحيوان ماعدا الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في حديث ميمونة اباحة الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه اذنه حرم بميتة فقال عليه الصلاة والسلام : هلا انتفعتم بمجلدها وفي حديث ابن عكيم منعه الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب : ألا تلتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفي بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت في هذا الباب هو حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : اذا دبغ الاهداب فقد طهر فلمكان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تأويلها فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس أعنى انهم فرقوا في الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا انه يتضمن زيادة على ما في حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث

ابن عباس قبل البياغ لان الانتفاع غير الطهارة اعنى كل طاهر ينتفع به وليس ينزى عكس هذا المعنى اعنى ان كل ما ينتفع به هو طاهر .

(المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على أن دم الحيوان البرى نجس . واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من دم الحيوان غير البحرى ، فقال قوم دم السمك طاهر وهو أحد قولى مالك ومذهب الشافعى . وقال قوم هو نجس على أصل الدماء وهو قول مالك في المدونة ، وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه . وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور . والسبب في اختلافهم في دم السمك هو اختلافهم في ميته فمن جعل ميته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن أخرج ميته أخرج دمه قياسا على الميتة وفي ذلك أثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال . وأما اختلافهم في كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم في القضاء بالمقيد على المطلق أو بالمطلق على المقيد وذلك انه ورد تحريم الدم مطلقا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وورد مقيدا في قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى الى محرما) الى قوله (أودما مسفوحا أو لحم خنزير) فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لان فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وأيد هذا بان كل ما هو نجس لعينه فلا يتبعض .

(المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبي الرضيع . واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعى وأبو حنيفة الى انها كلها نجسة ، وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعنى فضلتى سائر الحيوان البول والرجيع . وقال قوم أبوالها وأرواتها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فأبوالها وأرواتها نجسة محرمة وما كان منها لحومها مأكولة فأبوالها وأرواتها طاهرة ماعدى التى تأكل النجاسة وما كان منها مكروها فأبوالها وأرواتها مكروهة وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك في الاسار . وسبب اختلافهم شيان : أحدهما اختلافهم في مفهوم الاباحة الواردة في الصلاة في مراتب النعم وإباحته عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الابل وألباتها وفي مفهوم النهى عن الصلاة في أعطان الابل ، والسبب الثانى اختلافهم في قياس سائر الحيوان في ذلك على الانسان فمن قاس سائر الحيوان على الانسان ورأى انه من باب قياس الاولى والاخرى ولم يفهم من إباحة الصلاة في مراتب النعم طهارة أرواتها وأبوالها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهى عن الصلاة في أعطان الابل النجاسة وجعل إباحته للعرنيين أبوال الابل لمكان مداواة على أصله في إجازة

ذلك قال كل رحيق وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة الصلاة في مرايض النعم طهارة أرواتها وأبوالها وكذلك من حديث العرينين وجعل النهى عن الصلاة في أعطال الابل عبادة أولمعى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الانعام ان فضلى الانسان مستقذرة بالطبع وفضلى بهيمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم ، ومن قاس على بهيمة الانعام غيرها جعل الفضلات كلها ماعدا فضلى الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ولولا انه لا يجوز احداث قول لم يتقدم اليه أحد في المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقل انما يتن منها ويستقذر بخلاف مالا يتن ولا يستقذر وبخاصة ما كان منهارا لئلا تحته حسنة لاتفاقهم على اباحة الغبر وهو عند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان في البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذى يوجد المسك فيه فيما يذكر .

(المسئلة السادسة) اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة أقوال ، فقوم رأوا قليلا وكثيرا سواء ومن قال بهذا القول الشافعى ، وقوم رأوا أن قليل النجاسات معفو عنه وحدوه بقدر الدرهم البغلى ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت به الصلاة . وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرا سواء الا اللم على ما تقدم وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض روايتان والاشهر مساواته لسائر الدماء . وسبب اختلافهم اختلافهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك باقية فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوه بالدرهم قياسا على قدر المخرج ومن رأى أن تلك رخصة والرخص لا يقاس عليها منع ذلك . وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتفصيل مذهب ابى حنيفة أن النجاسات عنده تنقسم الى مغلظة ومخففة وان المغلظة هي التى يعفى منها عن قدر الدرهم والمخففة هي التى يعفى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم هي مثل أرواث الدواب وما لا تنفك منه الطرق غالبا وتقسيمهم اياها الى مغلظة ومخففة حسن جدا .

(المسئلة السابعة) اختلفوا فى المني هل هو نجس أم لا فذهب طائفة منهم مالك وأبو حنيفة الى انه نجس وذهب طائفة الى أنه طاهر وبهذا قال الشافعى واحمد وداود وسبب اختلافهم فيه شيان ، أحدهما اضطراب الرواية في حديث عائشة وذلك في أن في بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المني فيخرج الى الصلاة وان فيه لبقع الماء وفي بعضها كنت أفركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها فيصلى فيه خرج هذه الزيادة مسلم . والسبب الثانى تردد المني بين أن يشبه بالاحداث

الخارجة من البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كالابن وغيره فمن جمع الأحاديث كلها بان حمل الغسل على باب النظافة واستدل من fark على الطهارة على أصله في أن fark لا يطهر نجاسة وقاسه على البدن وغيره من الفضلات الشريفة لم يره نجسا ومن رجح حديث الغسل على fark وفهم منه النجاسة وكان بالاحداث عنده أشبه منه مما ليس يحدث قال انه نجس وكذلك أيضا من اعتقد ان النجاسة تزول بالفرك قال fark يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب ابى حنيفة وعلى هذا فلا حجة لأولئك في قولها فيصلى فيه بل فيه حجة لابي حنيفة في ان النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية.

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما المحال التي تزال عنها النجاسات فتلاثة ولا خلاف في ذلك . أحدهما الإبدان . ثم الثياب . ثم المساجد ومواضع الصلاة وإنما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لأنها منطوق بها في الكتاب والسنة . أما الثياب ففي قوله تعالى (وثيابك فطهر) على مذهب من حملها على الحقيقة وفي الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبي الذي بال عليه . وأما المساجد فلا أمره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابي الذي بال في المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه أمر بغسل المذي من البدن وغسل النجاسات من المخرجين . واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذي أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث على المشهور وقد سئل عن المذي فقال : يغسل ذكره ويتوضأ . وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها فمن رأى أنه بأواخرها أعني بأكثر ما ينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر كله ومن رأى الأخذ بأقل ما ينطلق عليه قال إنما يغسل موضع الأذى فقط وقياسا على البول والمذي .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما الشيء الذي به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا أيضا على أن الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المسائعات والجامدات التي تزيلها فذهب قوم الى ان ما كان طاهرا يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامدا في أي موضع كانت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء الا في الاستجمار فقط المتفق عليه وبه قال

مالك والشافعي . واختلفوا أيضا في ازالتها في الاستجمار بالعظم والروث فمنع ذلك قوم وأجازوه بغير ذلك مما ينقي واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم ذو حرمة كالحبزو قد قيل ذلك فيما في استعماله سرف كالنهب والياقوت، وقوم قصرُوا الانتقاء على الاحجار فقط وهو مذهب أهل الظاهر، وقوم أجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وان كان مكروها عندهم وشذ الطبري فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس . وسبب اختلافهم في ازالة النجاسة بما عدى الماء فيما عدى المخرجين هو هل المقصود بازالة النجاسة بالماء هو اتلاف عينها فقط فيستوى في ذلك مع الماء كل ما يتلف عينها أم للماء في ذلك مزيد خصوص ليس لغیر الماء فمن لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال بازالتها بسائر المائعات والجامدات الطاهرة وأيد هذا المفهوم بالانفاق على ازالته من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث أم سلمة انها قالت . انى امرأة أطبل ذبلى وأمشى في المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يطهره ما بعده وكذلك بالآثار التي خرجها أبو داود في هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام : اذا وطئ أحدكم الاذى بنعليه فان التراب له طهور الى غير ذلك مما روى في هذا المعنى ومن رأى أن للماء في ذلك مزيد خصوص منع ذلك الا في موضع الرخصة فقط وهو المخرجان ولما طالبت الحنفية الشافعية بذلك الخصوص الذى للماء لجئوا في ذلك الى انها عبادة اذ لم يقدرُوا أن يعطوا في ذلك سببا معقولا حتى انهم سلموا ان الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معقول وانما ازالته بمعنى شرعى حكمى وطال الخطب والجدال بينهم هل ازالة النجاسة بالماء عبادة أو معنى معقول خلفا عن سلف واضطرت الشافعية الى أن تثبت ان في الماء قوة شرعية في رفع أحكام النجاسات ليست في غيره وان استوى مع سائر الاشياء في ازالة العين وأن المقصود انما هو ازالة ذلك الحكم الذى احتص به الماء لذهاب عين النجاسة بل قد يذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصد وقد كانوا انفقوا قبل مع الحنفية ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعنى شرعية ولذلك لم تحتاج الى نية ولو راموا الانفصال عنهم بانا نرى أن للماء قوة احالة للنجاس والادناس وقلعها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعتمد الناس في تنظيف الابدان والثياب لكان قولاً جيداً وغير بعيد بل لعله واجب ان لا يعتقد أن الشرع انما اعتمد في كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التي في الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا قد قالوا في ذلك قولاً هو داخل في مذهب الفقه الجارى على المعانى وانما يلجأ الفقيه الى أن يقول عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من أمرهم في أكثر المواضع . وأما اختلافهم في الروث فسببه اختلافهم في المفهوم من النهي الوارد في ذلك عنه عليه الصلاة والسلام

أعنى أمره عليه الصلاة والسلام . أن لا يستنجى بعظم ولا روث فمن دل عنده النهي على الفساد لم يجز ذلك ومن لم ير ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية ولم يعمده الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلان الروث نجس عنده .

الباب الخامس

وأما الصفة التي بها تزول فاتفق العلماء على أنها غسل ومسح ونضح لورود ذلك في الشرع وثبوته في الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع أنواع النجاسات وجميع محال النجاسات وأن المسح بالاحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين وفي النملين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هي على ظاهر حديث أم سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك في ثلاثة مواضع هي أصول هذا الباب : أحدها في النضح لاي نجاسة هو ، والثاني في المسح لاي محل هو ولا شيء نجاسة هو بعد ان اتفقوا على ما ذكرناه ، والثالث اشتراط العمد في الغسل والمسح أما النضح فان قوما قالوا هذا خاص بإزالة بول الطفل الذي لم يأكل الطعام ، وقوم فرقوا بين بول الذكر في ذلك والاثني فقالوا ينضح بول الذكر وينسل بول الاثني ، وقوم قالوا الغسل طهارة ما يتيقن بنجاسته والنضح طهارة ما شك فيه وهو مذهب مالك بن أنس رضي الله عنه . وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك أعني اختلافهم في مفهومها وذلك أن هنا حديثين ثابتين في النضح ، أحدهما حديث عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام : كان يؤتى بالصبيان فيرك عليهم ويختمهم فأتى بصبي فبأ عليه فدعا بماء فاتبعه بوله ولم يغسله وفي بعض رواياته فنضجه ولم يغسله خرجه البخاري ، والآخر حديث أنس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته قال : فقامت الى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضجته بماء فمن الناس من صار الى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستثناء من سائر البول ، ومن الناس من رجح الآثار الواردة في الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح الا الذي في حديث أنس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه . وأما الذي فرق في ذلك بين بول الذكر والاثني فانه اعتمد على ما رواه أبو داود عن أبي السمع من قوله عليه الصلاة والسلام . يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي . وأما من لم يفرق فانما اعتمد قياس الاثني على الذكر الذي ورد فيه الحديث الثابت . وأما المسح فان قومه أجازوه في أي محل كانت النجاسة اذا ذهب غيها على مذهب أبي حنيفة وكذلك

الفرق على قياس من يرى أن كل ما أزال العين فقد طهر، وقوم لم يجيزوه الا في المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المرأة وفي الخنف وذلك من المشب اليابس لا من الاذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهؤلاء لم يعدوا المسح الى غير المواضع التي جاءت في الشرع وأما الفريق الآخر فانهم عدوه * والسبب في اختلافهم في ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة أو حكم فن قال رخصة لم يعدها الى غيرها أعني لم يقس عليها ومن قال هو حكم من أحكام ازالة النجاسة كحكم الغسل عداه . وأما اختلافهم في العدد فان قوماً اشترطوا الانقاء فقط في الغسل والمسح وقوم اشترطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشترطوه في الغسل منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع، ومنهم من عداه الى سائر النجاسات . أما من لم يشترط العدد لا في غسل ولا في مسح فذهب مالك وأبو حنيفة، وأما من اشترط في الاستجمار العدد أعني ثلاثة أحجار لا أقل من ذلك فذهب الشافعي وأهل الظاهر . وأما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الاناء سبعة من ولوغ الكلب فالشافعي ومن قال بقوله وأما من عداه واشترط السبع في غسل النجاسات فاغلب ظني أن أحمد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة في ازالة النجاسة الغير محسوسة العين أعني الحكمة وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ في الاحاديث التي ذكر فيها العدد. وذلك أن من كان المفهوم عنده من الامر بازالة النجاسة ازالة عينها لم يشترط العدد أصلاً وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار في حديث سلمان الثابت الذي فيه الامر ألا يستنجى بأقل من ثلاثة أحجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الاحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الاناء من ولوغ الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك. وأما من صار الى ظواهر هذه الآثار واستثنائها من المفهوم فاقصر بالعدد على هذه المحال التي ورد العدد فيها. وأما من رجع الظاهر على المفهوم فانه عدى ذلك الى سائر النجاسات. وأما حجة أبي حنيفة في الثلاثة فقوله عليه الصلاة والسلام : إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثاً قبل أن يدخلها في انائه.

الكتاب السادس

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فكثرها محمولة عند الفقهاء على التنبه وهي معلومة من السنة كالبعد في المذهب إذا اراد الحاجة وترك الكلام عليها والنهي عن الاستنجاء باليمين والأيسر ذكره يمينه وغير ذلك مما ورد في الآثار وإنما

اختلفوا من ذلك في مسألة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة أقوال ، قول انه لا يجوز أن تستقبل القبلة لغائط ولا بول أصلاً ولا في موضع من المواضع ، وقول ان ذلك يجوز باطلاق ، وقول انه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المباني والمدن ، والسبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان ، أحدهما حديث أبي أيوب الانصاري أنه قال عليه الصلاة والسلام : اذا اتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا ، والحديث الثاني حديث عبدالله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهريت أحتى حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعداً حاجته على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة فذهب الناس في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الجمع ، والثاني مذهب الترجيح ، والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الأصلية اذا وقع التعارض وأغنى بالبراءة الأصلية عدم الحكم . فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث أبي أيوب الانصاري على الصحاري وحيث لا سرة وحمل حديث ابن عمر على السرة وهو مذهب مالك ، ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث أبي أيوب لانه اذا تعارض حديثان ، أحدهما فيه شرع موضوع ، والآخر موافق للأصل الذي هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منهما من المتأخر وجب ان يصار الى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذي ورد أيضاً من طريق العدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن أن يكون بعده فلم يجزان ترك شرطا وجب العمل به بظن لم تؤمر ان نوجب النسخ به الا لوثق لانه كان بعده فان الظنون التي تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع أغنى التي توجب رفعها أو ايجابها وليست هي أي ظن اتفق ولذلك مايقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالأصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذي أوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التي قاناها هي طريقة أبي محمد بن حزم الاندلسي وهي طريقة جيدة مبنية على أصول أهل الكلام الفقهي وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعي . وأما من ذهب مذهب الرجوع الى الأصل عند التعارض فهو مبنى على ان الشك يسقط الحكم ويرفعه وانه كلاً حكم وهو مذهب داود الظاهري ولكن خالفه أبو محمد بن حزم في هذا الأصل مع أنه من أصحابه (قال القاضي) فهذا هو الذي رأينا ان تثبه في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا انها تجري مجرى الأصول وهي التي نطق بها في الشرع أكثر ذلك أغنى ان أكثرها يتعلق بالمنطوق به إما تعلقاً قريباً أو قريباً من القريب وان نذكر بالشئ من هذا الجنس ما أثبتناه في هذا الباب

وأكثر ما عولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى أربابها هو كتاب الاستذكار
وأنا قد ابحت لمن وقع من ذلك على وهم لي ان يصلحه والله المعين والموفق .

﴿ كتاب الصلاة ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً . الصلاة
تنقسم أولاً وبالجملة الى فرض وندب . والقول المحيظ بأصول هذه العبادة ينحصر
بالجملة في أربعة أجناس أعنى أربع جمل ، الجملة الاولى في معرفة الوجوب وما يتعلق به
والجملة الثانية في معرفة شروطها الثلاث أعنى شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط
التمام والكمال ، الجملة الثالثة في معرفة ما تشتمل عليه من أفعال وأقوال وهي الاركان
الجملة الرابعة في قضائها ومعرفة اصلاح ما يقع فيها من الحلل وجيره لانه قضاء ما
اذ كان استدراكاً لمسافات .

﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها أربع مسائل هي في معنى أصول هذا الباب ؛
المسئلة الاولى في بيان وجوبها ، الثانية في بيان عدد الواجبات منها ، الثالثة في بيان على
من يجب ؛ الرابعة ما الواجب على من تركها متعمداً .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك تغني
عن تكلف القول فيه .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما عدد الواجب منها ففيه قولان ، أحدهما قول مالك والشافعي
والاكثر وهو ان الواجب هي الخمس صلوات فقط لا غير ، والثاني قول أبي حنيفة
وأصحابه وهو ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ما ثبت بالسنة واجباً
أو فرضاً لا معنى له . وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة . أما الاحاديث التي مفهوما
وجوب الخمس فقط بل هي نص في ذلك فمشهورة وثابتة ومن أبينها في ذلك ماورد
في حديث الاسراء المشهور أنه لما بلغ الفرض الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك
فان امئك لا تطيق ذلك قال فراجته فقال تعالى هي خمس وهي خمسون لا يبدل
القول لدى وحديث الاعرابي المشهور الذي سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن الاسلام
فقال له : خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل على غيرها قال لا الا أن تطوع . وأما
الاحاديث التي مفهوما وجوب الوتر فنما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان الله قد زادكم صلاة وهي الوتر فحافظوا
عليها وحديث حارثة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال :
ان الله امركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة

المشاء الى طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا فمن رأى ان الزيادة هي نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ بها ان تكون ناسخة لتلك الاحاديث الثابتة المشهورة رجح تلك الاحاديث وأيضاً فإنه ثبت من قوله تعالى في حديث الاسراء إنه لا يبدل القول لدى وظاهره انه لا يزداد فيها ولا ينقص منها وان كان هو في النقصان اظهر والخبر ليس يدخله النسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التي اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل اوجب المصير الى هذه الزيادة لاسيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لا توجب نسخا لكن ليس هذا من رأى أبى حنيفة .

(المسئلة الثالثة) واما على من تجب فعلى المسلم البالغ ولا خلاف في ذلك .

(المسئلة الرابعة) وأما ما الواجب على من تركها عمدا وأمر بها قاضي أن يصليها لاجعودا لفرضها فان قوما قالوا يقتل، وقوما قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله كفرا وهو مذهب أحمد واسحاق وابن المبارك. ومنهم من أوجبه حدا وهو مذهب مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلى . والسبب في هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان أو زنا بعد احصان أو قتل نفس بغير نفس وروى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث بريدة أنه قال : العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ليس بين العبد وبين الكفر أو قال الشرك الا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر ههنا الكفر الحقيقي جمل هذا الحديث كأنه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام كفر بعد ايمان ومن فهم ههنا التغليظ والتوبيخ أى أن أفعاله أفعال كافر وأنه في صورة كافر كما قال : لا يزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن لم يرقطه كفرا . وأما من قال يقتل حدا فضعيف ولا مستند له الا قياس شبه ضعيف ان أمكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة رأس المأمورات والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك الصلاة معلوم أنه ليس بمكذب الا أن يتركها معتقدا لتركها هكذا فنحن اذا بين أحد أمرين، إما أن أردنا أن نفهم من الحديث الكفر الحقيقي يجب علينا أن نتأول أنه أراد عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقدا لتركها فقد كفر . وإما أن يحمل اسم الكفر على غير موضوعة الاول وذلك على أحد معنيين إما على أن حكمه حكم الكافر أعنى في القتل وسائر أحكام الكفار وان لم يكن مكذبا

وإنما على أن أفعاله أفعال كافر على جهة التغليظ والردع له أى أن قاعل هذا يشبه الكافر في الأفعال إذ كان الكافر لا يصلى كما قال عليه الصلاة والسلام لا يزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن وحمله على أن حكمه حكم الكافر في أحكامه لا يجب المصير إليه إلا بدليل لأنه حكم لم يثبت بعد في الشرع من طريق يجب المصير إليه فقد يجب إذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقى الذى هو التكذيب أن يدل على المعنى المجازى لا على معنى يوجب حكماً لم يثبت بعد في الشرع بل يثبت ضده وهو أنه لا يحل معه اذهاب خارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذا فانه بين واقع أعلم أعنى انه يجب علينا أحد أمرين إما أن نقدر في الكلام محذوفان أردنا حمله على المعنى الشرعى المفهوم من اسم الكفر، وإما أن نحمله على المعنى المستعار، وإما حمله على أن حكمه حكم الكافر في جميع أحكامه مع انه مؤمن فشىء مفارق للأصول مع ان الحديث نص في حق من يجب قتله كفراً وحدا ولذلك صار هذا القول مضاهياً لقول من يكفر بالذنوب .

(الجملة الثانية في الشروط) وهذه الجملة فيها ثمانية أبواب ، الباب الاول في معرفة الاوقات ، الثانى في معرفة الاذان والاقامة ، الثالث في معرفة القبلة ، الرابع في ستر العورة واللباس في الصلاة ، الخامس في اشتراط الطهارة من النجس في الصلاة ، السادس في تعيين المواضع التى يصلى فيها من المواضع التى لا يصلى فيها ، السابع في معرفة الشروط التى هى شروط فى صحة الصلاة ، الثامن في معرفة الذية وكيفية اشتراطها فى الصلاة .

الباب الاول

وهذا الباب ينقسم أولاً الى فصلين ، الاول في معرفة الاوقات المأمور بها ، الثانى في معرفة الاوقات المنهى عنها .

الفصل الاول

وهذا الفصل ينقسم الى قسمين أيضاً ، القسم الاول فى الاوقات الموسعة والمختارة ، والثانى فى اوقات أهل الضرورة .

(القسم الاول) من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً) اتفق المسلمون على أن للصلاة خمس أوقات خمساً هي شرط فى صحة الصلاة وان منها أوقات فضيلة وأوقات توسعة واختلفوا فى حدود أوقات التوسعة والفضيلة وفيه خمس مسائل .

(المسئلة الاولى) اتفقوا على أن أول وقت الظهر الذي لا تجوز قبله هو الزوال إلا خلافا شاذاً روى عن ابن عباس والاماروى من الخلاف فى صلاة الجمعة على ما سأتى واختلفوا منها فى موضعين فى آخر وقتها الموسع وفى وقتها المرغب فيه . فاما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعى وأبو ثور وداود هو أن يكون ظل كل شىء مثله . وقال أبو حنيفة آخر الوقت أن يكون ظل كل شىء مثله فى إحدى الروايتين عنه وهو عنده أول وقت العصر وقد روى عنه أن آخر وقت الظهر هو المثل وأول وقت العصر المثلان وإن ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر وبه قال أصحابه أبو يوسف ومحمد وسبب الخلاف فى ذلك اختلاف الأحاديث وذلك أنه ورد فى امامة جبريل أنه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر فى اليوم الاول حين زالت الشمس وفى اليوم الثانى حين كان ظل كل شىء مثله ثم قال الوقت ما بين هذين وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم : إنما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس أوتى أهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتى أهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطا قيراطا ثم أوتى القرآن فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال أهل الكتاب أى ربنا أعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطيتنا قيراطا قيراطا ونحن كنا أكثر عملا قال الله تعالى : هل ظلمتكم من أجركم من شىء قالوا لا قال فهو فضلى أوتيه من أشاء . فذهب مالك والشافعى الى حديث امامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو أنه اذا كان من العصر الى الغروب أقصر من أول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب أن يكون أول العصر أكثر من قامة وإن يكون هذا هو آخر وقت الظهر . قال أبو محمد بن حزم وليس كما ظنوا . وقد امتحنت الامر فوجدت القامة تنتهى من النهار الى تسع ساعات وكسر (قال القاضى) انا الشاك فى الكسر وأظنه قال وثلاث . وحجة من قال بإيصال الوقتين أعنى اتصالا لا بفصل غير منقسم قوله عليه الصلاة والسلام . لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت اخرى وهو حديث ثابت . وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك الى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تأخيرها عن أول الوقت قليلا فى مساجد الجماعات . وقال الشافعى أول الوقت أفضل الا فى شدة الحر وروى مثل ذلك عن مالك . وقالت طائفة أول الوقت أفضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفى الحر والبرد بهما اختلفوا فى ذلك . لا اختلاف الأحاديث وذلك ان فى ذلك حديثين ثابتين أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام . اذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم والثانى أن النبي عليه

الصلاة والسلام : كان يصلي الظهر بالهاجرة وفي حديث حباب أنهم شكوا إليه حر
الرمضاء فلم يشكهم خرجه مسلم . قال زهير راوى الحديث قلت لابي اسحاق شيخه أفي
الظهر قال نعم قالت أفي تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث الأبراد اذ هو نص وتأولوا
هذه الأحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الأحاديث لعموم ما روى من قوله عليه
الصلاة والسلام وقد سئل أى الأعمال أفضل قال : الصلاة لأول ميقاتها والحديث
متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعنى لأول ميقاتها مختلف فيها .

(المسئلة الثانية) اختلفوا من صلاة العصر في موضعين ، أحدهما في اشتراك أول
وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر ، والثانى في آخر وقتها . فاما اختلافهم في الاشتراك
فانه اتفق مالك والشافعى وداود وجماعة على أن أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت
الظهر وذلك اذا صار ظل كل شئ مثله الا أن مالكا يرى أن آخر وقت الظهر وأول
وقت العصر هو وقت مشترك للصلايين معا أعنى بقدر ما يصلى فيه أربع ركعات . وأما
الشافعى وأبو ثور وداود فآخر وقت الظهر عندهم هو الآن الذى هو أول وقت العصر
وهو زمان غير منقسم . وقال أبو حنيفة كما قلنا أول وقت العصر أن يصير ظل كل شئ
مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبى حنيفة معهم في ذلك . وأما سبب اختلاف مالك
مع الشافعى ومن قال بقوله في هذه فمعارضة حديث جبريل في هذا المعنى لحديث عبد
الله بن عمر وذلك انه جاء في امامة جبريل انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام الظهر
في اليوم الثانى في الوقت الذى صلى فيه العصر في اليوم الاول وفي حديث ابن عمر أنه
قال عليه الصلاة والسلام : وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر خرجه مسلم فمن رجح
حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبد الله لم يجعل بينهما اشتراكا
وحديث جبريل أمكن أن يصرف الى حديث عبد الله من حديث عبد الله الى حديث
جبريل لانه يحتمل أن يكون الراوى تجاوز في ذلك لقرب ما بين الوقتين وحديث
امامة جبريل صحيحه الترمذى وحديث ابن عمر خرجه مسلم . وأما اختلافهم في آخر
وقت العصر فعن مالك في ذلك روايتان ، احدهما أن آخر وقتها أن يصير ظل كل
شئ مثليه وبه قال الشافعى والثانية ان آخر وقتها ما لم تصفر الشمس . وهذا قول
أحمد بن حنبل وقال أهل الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة . والسبب في
اختلافهم ان في ذلك ثلاثة أحاديث متعارضة الظاهر . أحدها حديث عبد الله بن عمر خرجه
مسلم وفيه . فاذا صليتم العصر فانه وقت الى أن تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت
العصر ما لم تصفر الشمس والثانى حديث ابن عباس في امامة جبريل وفيه أنه . صلى

به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل كل شيء مثليه ، والثالث حديث أبي هريرة المشهور : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح فمن صار الى ترجيح حديث امامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المتناهي ومن صار الى ترجيح حديث أبي هريرة قال وقت العصر الى أن يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم أهل الظاهر كما قلنا ؛ وأما الجمهور فسلوكوا في حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس إذ كان معارضاً لهما كل التعارض مسلك الجمع لان حديثي ابن عباس وابن عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ولذلك قال مالك مرة بهذا ومرة بذلك وأما الذي في حديث أبي هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبي هريرة إنما خرج مخرج أهل الاعتذار .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا . فذهب قوم الى ان وقتها واحد غير موسع وهذا هو أشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي ، وذهب قوم الى أن وقتها موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وأبو ثور وداود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعي * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حديث امامة جبريل في ذلك لحديث عبد الله بن عمر وذلك ان في حديث امامة جبريل أنه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبد الله : بوقت صلاة المغرب ما لم يغيب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتاً واحداً ومن رجح حديث عبد الله جعل لها وقتاً موسعاً وحديث عبد الله خرج به مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل أعني حديث ابن عباس الذي فيه أنه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في حديث عبد الله من ذلك هو موجود أيضاً في حديث بريدة الاسلمي خرج به مسلم وهو أصل في هذا الباب قالوا وحديث بريدة أولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات وحديث جبريل كان في أول الفرض بمكة .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا من وقت العشاء الآخرة في موضعين ؛ أحدهما في أوله والثاني في آخره . أما أوله فذهب مالك والشافعي وجماعة الى أنه مغيب الحمرة وذهب أبو حنيفة الى أنه مغيب البياض الذي يكون بعد الحمرة * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما أن الفجر في لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان أحمر وأبيض ومغيب الشفق الأبيض يلزم أن يكون بعده من أول الليل

ما بعد الفجر المستدق من آخر الليل أعنى الفجر الكاذب وأما بعد الفجر الأبيض المستطير وتكون الحمرة نظير الحمرة فالطوال إذا أربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس وكذلك يجب أن تكون القوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من أنه رصد الشفق الأبيض فوجده يبقى إلى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة وذلك أنه لا خلاف بينهم أنه قد ثبت في حديث بريدة وحديث إمامة جبريل أنه صلى العشاء في اليوم الأول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثانية ورجح أبو حنيفة مذهبهم بما ورد في تأخير العشاء واستحباب تأخيرهم وقوله : لولا أن أشق على أمتي لأخرت هذه الصلاة إلى نصف الليل . وأما آخر وقتها فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال : قول أنه ثلث الليل ، وقول أنه نصف الليل . وقول أنه إلى طلوع الفجر وبالأول أعنى ثلث الليل قال الشافعي وأبو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروى عن مالك القول الثاني أعنى نصف الليل وأما الثالث فقول داود وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار ففي حديث إمامة جبريل أنه صلاها بالنبي عليه الصلاة والسلام في اليوم الثاني ثلث الليل وفي حديث أنس أنه قال : أخبر النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء إلى نصف الليل خرجه البخاري وروى أيضا من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى نصف الليل وفي حديث أبي قتادة : ليس التفريط في النوم إنما التفريط أن تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الأخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث إمامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث أنس قال شطر الليل . وأما أهل الظاهر فاعتمدوا حديث أبي قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث إمامة جبريل فهو ناسخ ولو لم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب أن يصار إلى استصحاب حال الإجماع وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر . واختلفوا فيما قبل فأنارونا عن ابن عباس أن الوقت عنده إلى طلوع الفجر فوجب أن يستصحب حكم الوقت إلا حيث وقع الاتفاق على خروجه وأحسب أن به قال أبو حنيفة ،

﴿المسئلة الخامسة﴾ واتفقوا على أن أول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس إلا ما روى عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعي من أن آخر وقتها الأسفار . واختلفوا في وقتها المختار فذهب الكوفيون وأبو حنيفة وأصحابه والثوري هو أكثر العراقيين إلى أن الأسفار بها أفضل . وذهب مالك والشافعي وأصحابه وأحمد

ابن حنبل وأبو ثور وداود الى أن التغليس بها أفضل ^ب وسبب اختلافهم اختلافهم في طريقة جمع الاحاديث المختلفة الظواهر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج انه قال : اسفروا بالصبح فكلما أسفرتم فهو أعظم للاجر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل أى الاعمال أفضل قال : الصلاة لأول ميقاتها وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه : كان يصلي الصبح فتصرف النساء متلفعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله في الغلب فن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لأول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضى على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز وانه انما تضمن الاخبار بوقوع ذلك منه لانيه كان ذلك غالب أحواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار أفضل من التغليس، ومن رجع حديث العموم لموافقة حديث عائشة ولانيه نص في ذلك أوظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانيه يمكن ان يريد بذلك تبين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد في ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله . وأما من ذهب الى ان آخر وقتها الاسفار فانه تأول الحديث في ذلك انه لاهل الضرورات أعنى قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح وهذا شبه بما فعله الجمهور في العصر والمعجب انهم عدلوا عن ذلك في هذا ووافقوا أهل الظاهر ولذلك لاهل الظاهر أن يطالبوهم بالفرق بين ذلك .

(القسم الثاني من الفصل الاول من الباب الاول)

فاما أوقات الضرورة والمذر فثبتها كما قلنا فقهاء الامصار ونفاها أهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم في ذلك . واختلف هؤلاء الذين أثبتوها في ثلاثة مواضع : أحدها لاي الصلوات توجد هذه الاوقات ولايها لا ، والثاني في حدود هذه الاوقات ، الثالث في من هم أهل المذر الذين رخص لهم في هذه الاوقات وفي أحكامهم في ذلك أعنى من وجوب الصلاة ومن سقطها .

(المسئلة الاولى) اتفق مالك والشافعي على أن هذا الوقت هو لاربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا في جهة اشتراكهما على ما سيأتى بعد وخالفهم أبو حنيفة فقال ان هذا الوقت : انما هو للعصر فقط وانه ليس هنا وقت مشترك ^ب وسبب اختلافهم في ذلك هو اختلافهم في جواز الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت أحدهما على ما سيأتى بعد فن تمسك بالنص الوارد في صلاة العصر أعنى

الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد أدرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يجز الاشتراك في الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الأخرى ولما سذكره بعد في باب الجمع من حجيج الفريقين قال انه لا يكون هذا الوقت الا لصلاة العصر فقط . ومن أجاز الاشتراك في الجمع في السفر قاس عليه أهل الضرورات لان المسافر أيضاً صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشتركاً للظهر والعصر والمغرب والعشاء .

(المسئلة الثانية) اختلف مالك والشافعي في آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر الى أن يبقى للنهار مقدار أربع ركعات للحاضر أو ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو اما مقدار أربع ركعات للحاضر بعد الزوال واما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص بالعصر اما أربع ركعات قبل المغرب للحاضر واما اثنتان للمسافر أعني أنه من أدرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن أدرك أكثر من ذلك أدرك الصلاتين معاً أو حكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء الا أن الوقت الخاص مرة جملة للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل أن يطلع الفجر ومرة جملة للصلاة الأخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار أربع ركعات وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر واما الشافعي فجعل حدود أو آخر هذه الاوقات المشتركة حداً واحداً وهو ادراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معاً ومقدار ركعة أيضاً قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معاً وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعني أنه من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معاً، واما أبو حنيفة فوافق مالكاً في أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لأهل الضرورات عنده قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص به وسبب اختلافهم أعني مالك والشافعي هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معاً يقتضي أن لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك أم انما يقتضي أن لهما وقتاً مشتركاً فقط وحجة الشافعي أن الجمع انما دل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص وأما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة على الاشتراك عنده في وقت النوسعة أعني أنه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب أن يكون الامر كذلك في أوقات الضرورة والشافعي

لا يوافق على اشتراك الظهر والعصر في وقت التوسعة لخلافهما في هذه المسئلة إنما ينبغي والله أعلم على اختلافهم في تلك الاولى فتأمله فانه بين والله أعلم .

(المسئلة الثالثة) وأما هذه الاوقات أعني أوقات الضرورة فاتفقوا على أنها الاربع للحائض تطهر في هذه الاوقات أو تحيض في هذه الاوقات وهي لم تصل والمسافر يذكر الصلاة في هذه الاوقات وهو حاضر أو الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبي يبلغ فيها والكافر يسلم . واختلفوا في المغنى عليه فقال مالك والشافعي هو كالحائض من أهل هذه الاوقات لانه لا يقضى عندهم الصلاة التي ذهب وقتها وعند أبي حنيفة انه يقضى الصلاة فيما دون الخمس فاذا أفاق عنده من اغمائه متى ما أفاق قضى الصلاة وعند الآخر أنه اذا أفاق في أوقات الضرورة لم يمتعه الصلاة التي أفاق في وقتها واذا لم يفتق فيها لم يلزمه الصلاة وستأتي مسئلة المغنى عليه فيما بعد . واتفقوا على أن المرأة اذا طهرت في هذه الاوقات إنما تجب عليها الصلاة التي طهرت في وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقي من النهار أربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلتان معا، وعند الشافعي ان بقي ركعة للغروب فالصلتان معا كما قلنا أو تكبيرة على القول الثاني له وكذلك الامر عند مالك في المسافر النامي يحضر في هذه الاوقات أو الحاضر يسافر وكذلك الكافر يسلم في هذه الاوقات أعني انه يلزمهم الصلاة وكذلك الصبي يبلغ . والسبب في ان جعل مالك الركعة جزءا لا آخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة حدا مثل التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد أدرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل على الأكثر وعند الشافعي من باب التنبيه بالكثرة على الأقل وأيد هذا بما روي : من أدرك سجدة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر فانه فهم من السجدة هنا جزءا من الركعة وذلك على قوله الذي قال فيه من أدرك منهم تكبيرة قبل الغروب أو الطلوع فقد أدرك الوقت ومالك يرى أن الحائض إنما تعتد بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها وكذلك الصبي يبلغ . وأما الكافر يسلم فيعتد له بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغنى عليه عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الحائض اذا حاضت في هذه الاوقات وهي لم تصل بعد أن القضاء ساقط عنها والشافعي يرى ان القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يرى أن الصلاة تجب بدخول أول الوقت لانها اذا حاضت وقدمضى من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا ان يقال ان الصلاة إنما تجب بآخر الوقت وهو مذهب أبي حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول أبي حنيفة أعني جاريا على أصوله لا على أصول قول مالك .

(الفصل الثاني من الباب الاول في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها)

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها في موضعين ؛ أحدها في عددها ، والثاني في الصلوات التي يتعلق النهى عن فعلها فيها .

(المسئلة الاولى) اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهى عن الصلاة فيها وهي وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلى صلاة الصبح حتى تطلع الشمس واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفي الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه الى أن الاوقات المنهى عنها هي أربعة الطلوع والغروب وبعد الصبح وأجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعي الى أن هذه الاوقات الخمسة كلها منهى عنها الا وقت الزوال يوم الجمعة فإنه أجاز فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر بسبب الخلاف في ذلك أحد شيئين إما معارضة أثر لآخر وإما معارضة الأثر للعمل عند من راعى العمل أعنى عمل أهل المدينة وهو مالك بن أنس فحيث ورد النهى ولم يكن هناك معارض لامن قول ولا من عمل اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا . أما اختلافهم في وقت الزوال فللمعارضة العمل فيه للآخر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهني انه قال : ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلى فيها وان نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تضيف الشمس للغروب خرج مسلم وحديث أبي عبد الله الصنابحي في معناه ولكنه منقطع خرج مالك في موطأه فمن الناس من ذهب الى منع الصلاة في هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال إما باطلاق وهو مالك وإما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعي . أما مالك فلا أن العمل عنده بالمدينة لما وجدته على الوقفين فقط ولم يجده على الوقت الثالث أعنى الزوال أباح الصلاة فيه واعتقد أن ذلك النهى منسوخ بالعمل . وأما من لم ير للعمل تأثيراً فبقى على أصله في المنع وقد تكلمنا في العمل وقونه في كتابنا في الكلام الفقهي وهو الذي يدعى بأصول الفقه . وأما الشافعي فلما صح عنه ما روى ابن شهاب عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي أنهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التي كانت تطرح الى جدار المسجد الغربي فإذا غشي الطنفسة كاهها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع ما رواه أيضا عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من ذلك النهى يوم الجمعة وقوى هذا الأثر عنده العمل

في أيام عمر بذلك وإن كان الأثر عنده ضعيفا . وأما من رجح الأثر الثابت في ذلك فبقي على أصله في النهي . وأما اختلافهم في الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة في ذلك وذلك أن في ذلك حديثين متعارضين . أحدهما حديث أبي هريرة المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس . والثاني حديث عائشة قالت : مات رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط سرا ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث أبي هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة أو رآه ناسخا لأنه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث أم سلمة يعارض حديث عائشة وفيها أنها رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ركعتين بعد العصر فسأله عن ذلك فقال أنه أناني ناس من عبد القيس فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان .

(المسئلة الثانية) اختلاف العلماء في الصلاة التي لا تجوز في هذه الاوقات فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انها لا تجوز في هذه الاوقات صلاة باطلاق لا فريضة مقضية ولا سنة ولا نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه واتفق مالك والشافعي انه يقضى الصلوات المفروضة في هذه الاوقات . وذهب الشافعي الى ان الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي النوافل فقط التي تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنائز تجوز في هذه الاوقات ووافقه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعني في السنن وخالفه في التي تفعل لسبب مثل ركعتي المسجد فان الشافعي يجيز هاتين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولا يجيز ذلك مالك واختلاف قول مالك في جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثوري في الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي ما عدا الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل في ذلك ثلاثة اقوال . قول هي الصلوات باطلاق ، وقول انها ما عدا المفروض سواء كانت سنة أو نفلا ؛ وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التي منع مالك فيها صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معا عند الطلوع والغروب . وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في الجمع بين العمومات المتعارضة في ذلك أعني الواردة في السنة وإي يخص بإي وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : إذا نسي أحدكم الصلاة فليصلها إذا ذكرها يقضى استغراق جميع الاوقات وقوله في أحاديث النهي في هذه الاوقات : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقضى أيضا عموم أجناس الصلوات أعني المفروضات

والسنن والنوافل فتمى حملنا الحديثين على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذي يقع بين العام والخاص إما في الزمان وأما في اسم الصلاة؛ فمن ذهب الى الاستثناء في الزمان أعنى استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق في تلك الساعات؛ ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ماعدا الفرض في تلك الاوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح أيضا فانص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن المدرك لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحذور والمدرك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح . وأما الكوفيون فلهم أن يقولوا أن هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التي تعلق النهى بها في تلك الاوقات لان عصر اليوم ليس في معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم أن يقولوا في الصبح لو سلموا أنه يقضى في الوقت المنهى عنه فاذا الخلاف بينهم آثل الى أن المستثنى الذي ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هي صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص أريد به الخاص ومن رأى أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص أريد به العام وإذا كان ذلك كذلك فليس هنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هي المستثناء من اسم الصلاة الفائتة كما أنه ليس هنا دليل أصلا قاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد في أحاديث النهى من الزمان العام الوارد في أحاديث الأمر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها في أحاديث الأمر من الصلاة العامة المنطوق بها في أحاديث النهى وهذا بين فانه اذا تعارض حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب أن يصار الى تغليب أحدهما الا بدليل أعنى استثناء خاص هذا من عام ذاك أو خاص ذاك من عام هذا وذلك بين والله اعلم .

﴿ الباب الثاني في معرفة الاذان والاقامة ﴾

هذا الباب ينقسم أيضا الى فصلين . الاول في الاذان . والثاني في الاقامة .

﴿ الفصل الاول ﴾

هذا الفصل ينحصر فيه الكلام في خمسة أقسام الاول في صفته ، الثاني في حكمه الثالث في وقته ، الرابع في شروطه الخامس فيما يقوله السامع له .

﴿ القسم الاول من الفصل الاول من الباب الثاني في صفة الاذان ﴾

اختلف العلماء في الاذان على أربع صفات مشهورة . احداها ثنية التكبير فيه وتربيع الشهادتين وباقية متى وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره واحتار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو أن يتى الشهادتين أولاً خفياً ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت والصفة الثانية أذان المكين وبه قال الشافعي وهو تربيع التكبير الاول والشهادتين وثنية باقى الاذان . والصفة الثالثة أذان الكوفيين وهو تربيع التكبير الاول وثنية باقى الاذان وبه قال أبو حنيفة . والصفة الرابعة أذان البصريين وهو تربيع التكبير الاول وتليث الشهادتين وحى على الصلاة وحى على الفلاح يبدأ بأشهد أن لا اله الا الله حتى يصل حتى على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية أعنى الاربع كلمات سبعاً ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصري وابن سيرين . والسبب في اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار في ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك أن المدنيين يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك في المدينة والمكيون كذلك أيضاً يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله . أما ثنية التكبير في أوله على مذهب أهل الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبي مخذورة وعبد الله بن زيد الانصارى وتربيعة أيضاً مروى عن أبي مخذورة من طرق أخرى . وعن عبد الله بن زيد قال الشافعي . وهي زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة . وأما الترجيع الذى احتار المتأخرون من أصحاب مالك فروى من طريق أبي قدامة قال أبو عمرو وأبو قدامة عندهم ضعيف . وأما الكوفيون في حديث أبي ليلى وفيه أن عبد الله بن زيد رأى في المنام رجلاً قام على خرم حائط وعليه بردان أخضران فأذن متى وأقام متى وأنه أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فأذن متى وأقام متى والذي خرج البخارى في هذا الباب إنما هو من حديث أنس فقط وهو أن بلالاً أمر أن يشفع الاذان ويوتر الإقامة الا قد قامت الصلاة فإنه يثنىها وخرج مسلم عن أبي مخذورة على صفة أذان

الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذي ورد في الاذان رأى أحمد بن حنبل وداود ان هذه الصفات المختلفة انما وردت على التخيير لا على ايجاب واحدة منها وأن الانسان مخير فيها واختلفوا في قول المؤذن في صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها أم لا فذهب الجمهور الى أنه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المسنون وبه قال الشافعي رحمته وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك في زمان النبي صلى الله عليه وسلم أو انما قيل في زمان عمر .

(القسم الثاني من الفصل الاول من الباب الثاني)

اختلف العلماء في حكم الاذان هل هو واجب أو سنة مؤكدة وان كان واجبا فهل هو من قروض الاعيان أو من فروض الكفاية ، ف قيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضا ولا سنة ، وقال بعض أهل الظاهر هو واجب على الاعيان ، وقال بعضهم على الجماعة كانت في سفر أو في حضر ، وقال بعضهم في السفر . واتفق الشافعي وأبو حنيفة على أنه سنة للمنفرد والجماعة الا انه أكد في حق الجماعة قول أبو عمر واتفق الكل على أنه سنة مؤكدة أو فرض على المصري لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سمع النداء لم يقر واذا لم يسمعه أغار رحمته والسبب في اختلافهم معارضة المذهب من ذلك لظواهر الآثار وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمالك بن الحويرث ولصاحبه : اذا كنتما في سفر فاذنا وأقبا وليؤمكما أكبركما وكذلك ما روي من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعات فمن فهم من هذا الوجوب مطلقا قال انه فرض على الاعيان أو على الجماعة وهو الذي حكاه ابن المنس عن داود ومن فهم منه الدعاء الى الاجتماع للصلاة قال انه سنة في المساجد أو فرض في المواضع التي يجتمع اليها الجماعة فسبب الخلاف هو تردده بين أن يكون قولا من أقوال الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع .

(القسم الثالث من الفصل الاول)

وأما وقت الاذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ما عدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعي الى أنه يجوز أن يؤذن لها قبل الفجر ، ومنع ذلك أبو حنيفة ، وقال قوم لا بد للصبح اذا أذن لها قبل ، الفجر من أذان بعد الفجر لان الواجب عندهم هو الاذان بعد الفجر ، وقال أبو محمد بن حزم لا بد لها من أذان

حيث الحجم المطلق للإنتاج الصناعي أم من حيث حجم الإنتاج الصناعي بالنسبة لكل فرد من السكان. وفي ذلك الوقت تقريبا، سيتجاوز الاتحاد السوفياتي مستوى الولايات المتحدة الراهن من حيث الإنتاج الزراعي بكل فرد من السكان مقدار ٥٠ بالمئة ويتجاوز مستوى الولايات المتحدة من حيث الدخل الوطني.

ولكن هذا هو الحد الأول. ولن نتوقف عنده. ففي سياق السنوات العشر الثانية، أي قبل ١٩٨٠، ستسبق بلادنا الولايات المتحدة الأمريكية بشوط بعيد من حيث الإنتاج الصناعي والزراعي بالنسبة لكل فرد من السكان.

(المرجع نفسه، ص ص ٢٢٤ - ٢٢٥)

إن برنامج الحزب الشيوعي في الاتحاد السوفياتي لم يقتصر على المناداة بالاهداف السياسية، بل برر ودعم علميا ضرورة انشاء القاعدة المادية والتكنيكية للمجتمع الشيوعي. فإن لدى الشعب السوفياتي الآن مخططا محسوبا بعمق ومن جميع النواحي لأجل تطوير الصناعة والزراعة واجراء نهوض جبار في قوى وطننا المنتجة. ولقد حدد الحزب مستوى الإنتاج المادي الذي يجب أن تبلغه بلادنا بغية انشاء القاعدة المادية والتكنيكية للشيوعية.

وهكذا، يجد مخطط بناء الشيوعية تعبيرا عنه في ملايين الاطنان من الفولاذ والوقود، في مليارات الكيلوواطات ساعة من الطاقة الكهربائية، في تسارع وتائر تطوير الكيمياء وصناعة الانشاءات الميكانيكية والصناعة الخفيفة، في

الاذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فاذن ثم أمر عبد الله فأقام فن ذهب
مذهب النسخ قال حديث عبد الله بن زيد متقدم وحديث الصدائى متأخر، ومن ذهب
مذهب الترجيح قال حديث عبد الله بن زيد أثبت لان حديث الصدائى انفرد به عبد
الرحمن بن زياد الا فريقي وليس بحجة عندهم. وأما اختلافهم في الاجرة على الاذان
فلمكان اختلافهم في تصحيح الخبر الوارد في ذلك أعنى حديث عثمان بن ابي العاص
وفيه أنه قال من آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لا يأخذ
على اذانه أجرا ومن منعه قاس الاذان في ذلك على الصلاة. وأما سائر الشروط الاخر
فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك
الشروط الموجودة في الصلاة، ومن لم يقسها لم يوجب ذلك. قال ابو عمر بن عبد
البر قد رويتنا عن ابي وائل بن حجر قال حق سنة مسنونة ألا يؤذن الا وهو
قائم ولا يؤذن الا على طهر قال وابو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخله
في المسند وهو اولى من القياس (قال القاضي) وقد خرج الترمذى عن ابي هريرة انه عليه
الصلاة والسلام قال لا يؤذن الا متوضى.

﴿ القسم الخامس ﴾

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى انه يقول ما يقول المؤذن
كلمة بكلمة الى آخر النداء، وذهب آخرون الى انه يقول مثل ما يقول المؤذن إلا اذا
قال حى على الصلاة حى الفلاح فانه يقول لاحول ولا قوة الا بالله والسبب في
الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك انه قد روى من حديث ابي سعيد الخدرى
انه عليه الصلاة والسلام قل : اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل ما يقول . وجاء من طريق
عمر بن الخطاب وحديث معاوية ان السامع يقول عند حى على الصلاة حى على الفلاح
لاحول ولا قوة الا بالله فن ذهب مذهب الترجيح أخذ بمضمون حديث ابي سعيد
الخدرى ومن اتى العام في ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن أنس.

﴿ الفصل الثانى ﴾

(من الباب الثانى من الجملة الثانية في الاقامة)

اختلفوا في الاقامة في موضعين في حكمها وفي صفتها. اما حكمها فاتها عند فقهاء الامصار
في حق الاعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الاذان وهى عند أهل الظاهر فرض

ولا أدري هل هي فرض عندكم على الإطلاق أو فرض من فروض الصلاة. والفرق بينهما أن على القول الأول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثاني تبطل. وقال ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عامداً بطلت صلاته. وسبب هذا الاختلاف اختلافهم هل هي من الأفعال التي وردت بياناً لمحل الأمر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام: صلوا كما رأيتموني أصلي أم هي من الأفعال التي تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضاً لإماني الجماعة وأما على المنفرد. وأما صفة الإقامة فأنها عند مالك والشافعي أما التكبير الذي في أولها فتى وأما ما بعد ذلك مرة واحدة إلا قوله قد قامت الصلاة فأنها عند مالك مرة واحدة وعند الشافعي مرتين. وأما الحنيفة فإن الإقامة عندهم متى متى، وخير أحمد بن حنبل بين الأفراد والتثنية على رأيه في التخير في النداء. وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا المعنى وحديث أبي ليلى المتقدم وذلك أن في حديث أنس الثابت: أمر بلال أن يشفع الأذان ويفرد الإقامة إلا قد قامت الصلاة. وفي حديث أبي ليلى أنه عليه الصلاة والسلام: أمر بلالاً فأذن متى وأقام متى. والجمهور أنه ليس على النساء أذان ولا إقامة. وقال مالك إن أقرن فحسن، وقال الشافعي إن أذن وأقرن فحسن وقال إسحاق إن عليهن الأذان والإقامة. وروى عن عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر. والخلاف آيل إلى هل تؤم المرأة أو لا تؤم، وقيل الأصل أنها في معنى الرجل في كل عبادة إلا أن يقوم الدليل على تخصيصها أم في بعضها هي كذلك وفي بعضها يطلب الدليل.

﴿ الباب الثالث من الجملة الثانية في القبلة ﴾

اتفق المسلمون على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام). أما إذا أبصر البيت فالفرض عندكم هو التوجه إلى عين البيت ولا خلاف في ذلك وأما إذا غابت السكبة عن الأبصار فاختلَفوا من ذلك في موضعين؛ أحدهما هل الفرض هو العين أو الجهة؛ والثاني هل فرضه الإصابة أو الاجتهاد أعني إصابة الجهة أو العين عند من أوجب العين فذهب قوم إلى أن الفرض هو العين؛ وذهب آخرون إلى أنه الجهة. والسبب في اختلافهم هل في قوله تعالى (فول وجهك شطر المسجد الحرام) محذوف حتى يكون

تقديره (١) ومن حيث خرجت قول وجهك شطر المسجد الحرام أم ليس هنا محذوف أصلاً وإن الكلام على حقيقته فمن قدر هناك محذوفاً قال الفرض الجهة ومن لم يقدر هناك محذوفاً قال الفرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز وقد يقال إن الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام : ما بين المشرق والمغرب قبله إذا توجه نحو البيت قالوا وانفاق المسلمين على الصنف الطويل خارج الكعبة يدل على أن الفرض ليس هو العين أعني إذا لم تكن الكعبة مبصرة . والذي أقول أنه لو كان واجباً قصد العين لكان حرجاً وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) فإن إصابة العين شيء لا يدرك الابتغيب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبنى على الارصاد المستنبط منها طول البسلاد وعرضها .

(وأما المسئلة الثانية) فهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة أو الاجتهاد فقط حتى يكون إذا قلنا ان فرضه الاصابة متى تبين له أنه أخطأ أعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد إذا تبين له أن أخطأ وقد كان صلى قبل باجتهاده ، أما الشافعي فزعم ان فرضه الاصابة وأنه إذا تبين له أنه أخطأ أعاد أبداً، وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته ما لم يعتمد أو صلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وأبو حنيفة إلا ان مالكاً استحب له الاعادة في الوقت . وسبب الخلاف في ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف أيضاً في تصحيح الأثر الوارد في ذلك . أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعني بوقت الصلاة وذلك أنهم اجمعوا على ان الفرض فيه هو الاصابة وأنه ان انكشف للمكلف أنه صلى قبل الوقت أعاد أبداً الاخلافاً شاذاً في ذلك عن ابن عباس وعن الشعبي وما روى عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق ثم انكشف له أنه صلاها قبل غيبوبة الشفق أنه قد مضت صلاته . ووجه الشبه بينهما ان هذا ميقات وقت وهذا ميقات جهة وأما الأثر فحديث عامر بن ربيعة قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر غفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجهه وعلمنا فلما أصبحنا فإذا نحن قد سلمنا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت (وقل للمشرق والمغرب فانيما تولوا فثم وجه الله) وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون فيمن صلى فأنسكشف له أنه صلى لغير القبلة والجمهور على أنها منسوخة بقوله تعالى (ومن حيث خرجت قول وجهك شطر المسجد الحرام) فمن لم

(١) المحذوف المراد تقديره في الآية ساقط من النسخ التي بأيدينا ولم نقف على تقديره

في مكانه من السكتب

يصح عنده هذا الاثر قاس ميقات الحجة على ميقات الزمان، ومن ذهب مذهب الاثر لم يبطل صلاته . وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فمنهم من منعه على الاطلاق ، ومنهم من أجازة على الاطلاق ومنهم من فرق بين النفل في ذلك والفرض . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبل للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا . أما الاثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت ، أحدهما حديث ابن عباس قال : لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا في نواحيها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة والثاني حديث عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسماء بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فأغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : جمل عمودا عن يساره وعمودا عن يمينه وثلاث اعمدة وراءه ثم صلى فمن ذهب مذهب الترجيح او اللبس قال إما بمنع الصلاة مطلقا ان رجح حديث ابن عباس وإما بإجازتها مطلقا ان رجح حديث ابن عمر ، ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النفل والجمع بينهما فيه عسر فان الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي نفل ؛ ومن ذهب مذهب سقوط الاثر عند التعارض فان كان بمن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يجز الصلاة داخل البيت أصلا وان كان بمن لا يرى استصحاب حكم الاجماع عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزها أجاز الصلاة ومن لم يجوزها وهو الإظهر لم يجز الصلاة في البيت . واتفق العلماء بأجمعهم على استحباب السترة بين المصلي والقبلة اذا صلى منفردا كان أو اماما وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : اذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل . واختلفوا في الخط اذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه أن يخط ؛ وقال أحمد بن حنبل يخط خطابين يديه . وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الاثر الوارد في الخط والآخر رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئا فان لم يكن فلا يصب عصا فان لم تكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره من مر بين يديه خرجة . أبو داود وكان أحمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقد روى انه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت انه كان يخرج له العنزة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهي اربع مسائل .

(الباب الرابع من الجملة الثانية)

هذا الباب ينقسم الى فصلين . احدهما في ستر العورة . والثاني فيما يجزىء من اللباس في الصلاة .

(الفصل الاول)

اتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة ام لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة، وذهب أبو حنيفة والشافعي الى أنها من فروض الصلاة . وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار واختلافهم في مفهوم قوله تعالى (يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) هل الامر بذلك على الوجوب أو على الندب فمن حمله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول :

اليوم يبدو بهضه أو كاهه * وما بدا منه فلا أحلاه

فنزلت هذه الآية وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان، ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التي هي زينة واحتج لذلك بما جاء في الحديث من أنه كان رجال يصلون مع النبي عليه الصلاة والسلام عاقدي أزرحم على أعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رؤوسكن حتى يستوى الرجال جلوسا قالوا ولذلك من لم يجد ما به يستر عورته لم يختلف في أنه يصلي، واختلف فيمن عدم الطهارة هل يصلي أم لا يصلي .

(وأما المسئلة الثانية) وهو حد العورة من الرجل فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة وكذلك قال أبو حنيفة . وقال قوم العورة هما السوءتان فقط من الرجل . وسبب الخلاف في ذلك أنرا متعارضان كلاهما ثابت ، احدهما حديث جرهد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الفخذ عورة ، والثاني حديث أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم حصر عن فخذيه وهو جالس مع أصحابه قال البخاري وحديث أنس أسند وحديث جرهد أحوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي حد العورة في المرأة فاکثر العلماء على ان بدنها كله عورة عا خلا الوجه والكفين، وذهب أبو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة، وذهب ابو بكر بن عبد

الرحمن وأحمد الى ان المرأة كلها عورة * وسبب الخلاف في ذلك احتمال قوله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها) هل هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة أم انما المقصود به ما لا يملك ظهوره فمن ذهب الى أن المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدننها كله عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بمعموم قوله تعالى (يا أيها النبي قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين) الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بانه لا يستر وهو الوجه والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستر وجهها في الحج .

﴿ الفصل الثاني من الباب الرابع فيما يجزىء من اللباس في الصلاة ﴾

أما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) والنهي الوارد عن هيئات بعض الملابس في الصلاة ، وذلك انهم اتفقوا فيما أحسب على أن الهيئات من اللباس التي نهى عن الصلاة فيها مثل اشتغال الصماء وهو أن يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء وان يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة ألا تتكشف عورته ولا أعلم ان أحدا قال لا تجوز صلاة على إحدى هذه الهيئات ان لم تتكشف عورته وقد كان على أصول أهل الظاهر يجب ذلك وانفقوا على أنه يجزىء الرجل من اللباس في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل أيصلي الرجل في الثوب الواحد فقال : أولكلكم ثوبان . واختلفوا في الرجل يصلي مكشوف الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته لئنه صلى الله عليه وسلم ان يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء وتمسك بوجوب قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) وانفق الجمهور على ان اللباس المجزى للمرأة في الصلاة هو درع وخمار لما روى عن أم سلمة أنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلي فيه المرأة فقال : في الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهور قدميها ونسا روى أيضا عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار وهو مروي عن عائشة وميمونة وأم سلمة انهم كانوا يفتنون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة أعادت في الوقت وبعده الا مالكا فإنه قال انها تعيد في الوقت فقط والجمهور على ان الخادم لها ان تصلي مكشوفة الرأس والقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء * وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد . واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم

لا تجوز. وقوم استحبوا له الاعادة في الوقت ^١ وسبب اختلافهم في ذلك هل الشيء المنهى عنه مطلقا اجتنابه شرط في صحة الصلاة أم لا فمن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لا تجوز به، ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوماً والصلاة جائزة قال ليس شرطاً في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط . وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة في الدار المنصوبة والخلاف فيها مشهور .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول انها فرض في الصلاة أي من شروط صحتها ، وأما من قال أنها فرض باطلاق فيجوز ان يقول انها فرض في الصلاة ويجوز أن لا يقول ذلك . وحكى عبد الوهاب عن المذهب في ذلك قولين ، أحدهما أن ازالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر ، والقول الآخر أنها ليست شرطاً والذي حكاه من أنها شرط لا يخرج على مشهور المذهب من أن غسل النجاسة سنة مؤكدة وإنما يخرج على القول بأنها فرض مع الذكر والقدرة وقد مضت هذه المسئلة في كتاب الطهارة وعرف هنالك أسباب الخلاف فيها وإنما الذي يتعلق به هنا الكلام من ذلك هل ما هو فرض مطلق مما يقع في الصلاة يجب أن يكون فرضاً في الصلاة أم لا والحق أن الشيء المأمور به على الاطلاق لا يجب أن يكون شرطاً في صحة شيء ما إلا بأمر آخر .

﴿ الباب السادس ﴾

وأما المواضع التي يصل فيها فإن من الناس من أجاز الصلاة في كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله . ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ، ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ، ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهى عنها ولم يبطلها وهو أحد ما روى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم ^٢ وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك ان ههنا حديثين متفق على صحتها وحديثين مختلف فيهما . فاما المتفق عليهما فقوله عليه الصلاة والسلام : أعطيت خمساً لم يعطن أحد قبلى وذكريها وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فإني ما أدركتني الصلاة صليت وقوله عليه الصلاة والسلام : اجعلوا من صلاتكم في بيوتكم

ولا تتخذوها قبورا . وأما الغير المتفق عليهما فأحدهما ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى .
أن يصلى في سبعة مواطن في المذبة والمجزرة والمقبرة وقارة الطريق وفي الحمام وفي
مواطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذى ، والثانى ما روى أنه قال عليه
الصلاة والسلام صلوا فى مرابض الغنم ولا تصلوا فى أعطان الابل فذهب الناس فى
هذه الأحاديث ثلاثة مذاهب : أحدها مذهب الترجيح والنسخ ؛ والثانى مذهب
البناء أعنى بناء الخاص على العام ، والثالث مذهب الجمع . فاما من ذهب مذهب الترجيح
والنسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لى الارض
مسجداً وطهوراً وقال هذا ناسخ لغيره لان هذه هي فضائل له عليه الصلاة والسلام
وذلك مما لا يجوز نسخه . وأما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث
الاباحة عام وحديث النهى خاص فيجب أن يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من
استثنى السبعة مواضع ، ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنه عليه
الصلاة والسلام لانه قد روى أيضاً النهى عنهما مفردين ، ومنهم من استثنى المقبرة فقط .
لحديث المتقدم . وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصاً من عام فقال أحاديث
النهى محمولة على الكراهة والاول على الجواز ، واختلفوا فى الصلاة فى البيع والكنايس .
فكرها قوم وأجازها قوم وفرق قوم بين أن يكون فيها صوراً ولا يكون وهو مذهب
ابن عباس لقول عمر لا تدخل كنائسهم من أجل التماثيل واللة فيمن كرهاها لا من أجل
التصاوير حملها على النجاسة . وانفقوا على الصلاة على الارض . واختلفوا فى الصلاة على
الطنافس وغير ذلك مما يقعد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود على الحصير
وما يشبهه مما تنبته الارض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن أنس (١)

الباب السابع

وأما التروك المشترطة فى الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها قولاً ومنها فعلاً . فاما
الافعال فجميع الافعال المباحة التى ليست من أفعال الصلاة الا قتل العقر والحية فى
الصلاة فانهم اختلفوا فى ذلك لمعارضة الاثر فى ذلك القياس وانفقوا فيها أحسب على
جواز الفعل الخفيف . وأما الاقوال فهى أيضاً الاقوال التى ليست من أقاويل الصلاة .
وهذه أيضاً لم يختلفوا انها تفسد الصلاة عمداً لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) ولما
ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : ان الله يحدث من أمره ما يشاء ومما أحدث
ألا تكلموا فى الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن أرقم انه قال : كنا

(١) لا يخفى ما فى هذه العبارة فتدبر

تتكلم في الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام .
وحديث معاوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن صلاتنا
لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتهليل والتحميد وقرآن القرآن إلا أنهم
اختلفوا من ذلك في موضعين ؛ أحدهما إذا تكلم ساهيا والآخر إذا تكلم عامدا لأصلاح
الصلاة . وشذ الاوزاعي فقال من تكلم في الصلاة لأجاء نفس أو لأمر كبير فإنه ينفى
والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمداً على جهة الإصلاح لا يفسدها . وقال الشافعي
يفسدها التكلم كيف كان إلا مع النسيان . وقال أبو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان .
والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك وذلك أن الأحاديث المتقدمة
تقتضي تحريم الكلام على العموم وحديث أبي هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم صرف من اثنين فقال له ذواليدن أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدق ذو اليدن فقالوا نعم فقام رسول الله صلى
الله عليه وسلم فصلى ركعتين أخريين ثم سلم ظاهره أن النبي صلى الله عليه وسلم تكلم
والناس معه وأنهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فمن أخذ بهذا الظاهر
ورأى أن هذا شيء يخص الكلام لأصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب
مالك بن أنس . ومن ذهب إلى أنه ليس في الحديث دليل على أنهم تكلموا عمداً في الصلاة
وإنما يظهر منهم أنهم تكلموا وهم يظنون أن الصلاة قد قصرت وتكلم النبي عليه الصلاة
والسلام وهو يظن أن الصلاة قد تمت ولم يصح عنده أن الناس قد تكلموا بعد قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قصرت الصلاة وما نسيت قال إن المفهوم من
الحديث إنما هو إجازة الكلام لغير العامل فإذا السبب في اختلاف مالك والشافعي في
المسئلة من ذلك العموم هو اختلافهم في مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعي اعتمد أيضاً في ذلك
أصلاً عاماً وهو قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وأما أبو حنيفة
فحمل أحاديث النهي على عمومها ورأى أنها ناسخة لحديث ذي اليدن وأنه متقدم عليها .

(الباب الثامن)

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطاً في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي
وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة أعني من المصالح المحسوسة . واختلفوا هل من
شرط نية المأموم أن يوافق نية الإمام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز أن يصلي المأموم
ظهر أباً أمام يصلي عصرًا ولا يجوز أن يصلي الإمام ظهرًا يكون في حقه نفلًا وفي حق المأموم فرضًا
فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجب أن يوافق نية المأموم نية الإمام . وذهب الشافعي إلى أنه

ليس يجب في السبب في اختلافهم مغارضة مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الإمام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من أنه كان يصلي مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم يصلي بقومه فمن رأى ذلك خاصاً لمعاذ وان عموم قوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الإمام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الإمام المأموم ومن رأى أن الإباحة لمعاذ في ذلك هي إباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الأصل قال لا يخلو الأمر في ذلك الحديث الثاني من أحد أمرين إما أن يكون ذلك العموم الذي فيه لا يتناول النية لأن ظاهره إنما هو في الأفعال فلا يكون بهذا الوجه معارضة لحديث معاذ وإما أن يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خص ذلك العموم . وفي النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها إذ كان غرضنا على القصد الأول إنما هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع .

(الجملة الثالثة من كتاب الصلاة)

وهو معرفة ما تشتمل عليه من الأقوال والأفعال وهي الأركان والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان إما من قبل الانفراد والجماعة وإما من قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الأيام، وإما من قبل الحضر والسفر، وإما من قبل الأمن والخوف، وإما من قبل الصحة والمرض فإذا أريد أن يكون القول في هذه صناعات وجارية على نظام فيجب أن يقال أولاً فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها أو يقال في واحدة واحدة منها وهو الأسهل وإن كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما هو الذي سلكه الفقهاء ونحن ندبهم في ذلك فنجعل هذه الجملة منقسمة إلى ستة أبواب : الباب الأول في صلاة المنفرد الحاضر إلا من الصحيح ، الباب الثاني في صلاة الجماعة أعني في أحكام الإمام والمأموم . في الصلاة . الباب الثالث في صلاة الجمعة ، الباب الرابع في صلاة السفر ، الباب الخامس في صلاة الخوف ، الباب السادس في صلاة المريض

الباب الأول

وهذا الباب فيه فصلان . الفصل الأول في أقوال الصلاة والفصل الثاني في أفعال الصلاة .

الفصل الأول

وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل .

(المسألة الأولى) اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا أن التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم أوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور * وسبب اختلاف من أوجب به كله ومن أوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة مانقل من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام. فاما ما نقل من قوله فحديث أبي هريرة المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة اذا أردت الصلاة فاسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ ففهوم هذا هو ان التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ماعدا ذلك من التكبير فرضا لذكره له كما ذكر سائر فروض الصلاة، وأما ما نقل من فعله فمنا حديث أبي هريرة أنه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول اني لاشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشخير قال : صليت أنا وعمران بن الحصين خلف علي بن أبي طالب رضى الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا اخذ عمران بيده فقال أذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالتائلون بإيجابه تمسكوا بهذا العمل المنقول في هذه الاحاديث وقالوا الاصل ان تكون كل أعماله التي أنت بيانها لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم : صلوا كما رأيتموني أصلي وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة الاولى ما في هذه الآثار يدل على أن العمل عند الصحابة إنما كان على اتمام التكبير ولذلك كان أبو هريرة يقول اني لاشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمران أذكرني هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم . وأما من جعل التكبير كله منفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الاذكار التي في الصلاة مما ليست بواجب اذ قاس تكبيرة الاحرام على سائر التكريرات ، قال ابو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن ابن ابري عن أبيه قال : صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وما رواه أحمد بن حنبل عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يكبر اذا صلى وحده وكأن هؤلاء رأوا ان التكبير إنما هو لمكان اشعار الامام للمأمومين بقيامه وقعوده ويشبه ان يكون الى هذا ذهب من رآه كله نفلا .

(المسألة الثانية) قال مالك لا يجزى من لفظ التكبير الا الله اكبر وقال الشافعي الله اكبر والله الاكبر اللفظان كلاهما يجزى ، وقال ابو حنيفة يجزى من لفظ التكبير كل لفظ في معناه مثل الله الاعظم والله الاجل * وسبب اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به في الافتتاح

والمعنى وقد استدل المالكيون والشافعيون بقوله عليه الصلاة والسلام : مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم قالوا الالف واللام هنا للحصر والحصر يدل على ان الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لا يجوز لغيره وليس يوافقهم أبو حنيفة على هذا الاصل فان هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به ودليل الخطاب عند أبي حنيفة غير معمول به

(المسئلة الثالثة) ذهب قوم الى أن التوجيه في الصلاة واجب وهو ان يقول بعد التكبير إلهي وجهي للذي فطر السموات والارض وهو مذهب الشافعي واما أن يسبح وهو مذهب أبي حنيفة واما أن يجمع بينهما وهو مذهب أبي يوسف صاحبه ، وقال مالك ليس التوجيه بواجب في الصلاة ولا بسنة به وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للعمل عند مالك أو الاختلاف في صحة الآثار الواردة بذلك (قال القاضي) قد ثبت في الصحيحين عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة أسكاته قال فقلت يا رسول الله بأبي أنت وأمي أسكأتك بين التكبير والقراءة ما تقول قال : أقول : اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقني من الخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس اللهم اغسل خطاياي بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى استحسان سككات كثيرة في الصلاة منها حين يكبر وحين يفرغ من قراءة أم القرآن واذا فرغ من القراءة قبل الركوع ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور والاوزاعي وانكر ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه به وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث أبي هريرة انه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سككات في صلاته حين يكبر ويفتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذا فرغ من القراءة قبل الركوع .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة فمنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهراً كانت أو سرّاً لا في افتتاح أم القرآن ولا في غيرها من السور وأجاز ذلك في النافلة . وقال أبو حنيفة والثوري يقرأها مع أم القرآن في كل ركعة سرّاً . وقال الشافعي يقرأها ولا بد في الجهر جهراً وفي السر سرّاً وهي عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيد واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة أم إنما هي آية من سورة البقرة فقط ومن فاتحة الكتاب فردى عنه القولان جميعاً به وسبب الخلاف في هذا آيل الى شيئين . أحدهما اختلاف الآثار في هذا الباب والثاني اختلافهم هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا . فاما الآثار التي احتج بها من أسقط ذلك منها حديث ابن مغفل قال

سمعى أبى وأنا أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فقال يا بنى إياك والحدث فاني صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلم أسمع رجلاً منهم يقرأها قال أبو عمر بن عبد البر ابن مغفل رجل مجبول . ومنها ما رواه مالك من حديث أنس أنه قال قلت لورثه أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فكلمهم كان لا يقرأ بسم الله إذا افتتحوا الصلاة قال أبو عمر وفي بعض الروايات انه قام خلف النبي عليه الصلاة والسلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو عمر الا أن أهل الحديث قالوا في حديث أنس هذا أن النقل فيه مضطرب اضطراباً لا تقوم به حجة وذلك أن مرة روى عنه مرفوعاً الى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع . ومنهم من يذكر عثمان . ومنهم من لا يذكره . ومنهم من يقول فكانوا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم . ومنهم من يقول فكانوا لا يمجرون بسم الله الرحمن الرحيم . وأما الأحاديث المعارضة لهذا فنها حديث نعيم بن عبد الله المجرى قال : صليت خلف أبى هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل أم القرآن وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال أنا أشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومنها حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجهر بسم الله الرحمن الرحيم . ومنها حديث أم سلمة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلف هذه الآثار أحداً واجب اختلافهم في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة ، والسبب الثاني كما قلنا هو هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من أم الكتاب وحدها أو من كل سورة أم ليست آية لا من أم الكتاب ولا من كل سورة فن رأى أنها آية من أم الكتاب أو يجب قراءتها بوجوب قراءة أم الكتاب عنده في الصلاة ومن رأى أنها آية من أول كل سورة وجب عنده أن يقرأها مع السورة وهذه المسئلة قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من أعجب ما وقع في هذه المسئلة أنهم يقولون وبما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن في غير سورة النمل أم إنما هي آية من القرآن في سورة النمل فقط ويحكمون على جهة الرد على الشافعى بأنها لو كانت من القرآن في غير سورة النمل لينة رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن القرآن نقل نواتراً هذا الذى قاله القاضى في الرد على الشافعى وظن أنه قاطع وأما ابو حامد فانتصر لهذا بان قال أنه أيضاً لو كانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبين ذلك وهذا كله تخبط وشئ غير مفهوم فانه كيف يجوز فى الآية الواحدة بعينها ان يقال فيها أنها من القرآن فى موضع وانها ليست من القرآن فى موضع آخر بل يقال ان بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت انها من القرآن حيثما

(م ٧ - ج ١)

ذكرت وانها آية من سورة النمل وهل هي آية من سورة ام القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها في سائر السور قاتحة وهي جزء من سورة النمل فتأمل هذا فانه بين والله اعلم .

(المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على انه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمدا ولا سهوا الا شيئا روى عن عمر رضى الله عنه صلى فأنسى القراءة فقل له في ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود فقل حسن فقال : لا بأس اذا وهو حديث غريب عندهم ادخله مالك في موطأه في بعض الروايات والاشيئا روى عن ابن عباس انه لا يقرأ في صلاة السر وانه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلوات وسكت في اخرى فنقرأ فيها قرأ ونسكت فيها سكت وسئل هل في الظهر والمصر قراءة فقال لا وأخذ الجمهور بحديث خباب انه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في الظهر والمصر قيل فبأي شيء كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس في ترك وجوب القراءة في الركعتين الأخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسرف في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم في هاتين الركعتين وختلفوا في القراءة الواجبة في الصلاة فرأى بعضهم أن الواجب من ذلك أم القرآن لمن حفظها وأن ما عداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من اوجبها في كل ركعة، ومنهم من اوجبها في أكثر الصلاة، ومنهم من اوجبها في نصف الصلاة، ومنهم من اوجبها في ركعة من الصلاة وبالأول قال الشافعي وهي أشهر الروايات عن مالك وقد روى عنه انه ان قرأها في ركعتين من الرباعية اجزأته واما من رأى انها تجزئ في ركعة فمنهم الحسن البصري وكثير من فقهاء البصرة . واما أبو حنيفة قالوا واجب عنده انما هو قراءة القرآن أي آية اتفقت ان تقرأ أو حداصحابه في ذلك ثلاث آيات قصار أو آية طويلة مثل آية الدين وهذا في الركعتين الأوليين واما في الأخيرتين فيستحب عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها . والسبب في هذا الاختلاف تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للآثر . أما الآثار المتعارضة في ذلك فأحدها حديث أبي هريرة الثابت أن رجلا دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبي عليه الصلاة والسلام فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقال : ارجع فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فأمره بالرجوع فقل ذلك ثلاث مرات فقال والذي بعثك بالحق ما أحسن غيره فقال عليه الصلاة والسلام اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعا ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تستوي قائما

ثم افعل ذلك في صلاتك كلها . وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتا متفق عليهما ، أحدهما حديث عبادة بن الصامت انه عليه الصلاة والسلام قال : لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب وحديث أبي هريرة أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج فهي خداج فهي ثلاثا وحديث أبي هريرة المتقدم ظاهره انه يجزئ من القراءة في الصلاة ما تيسر من القرآن وحديث عبادة وحديث أبي هريرة الثاني يقتضيان ان أم القرآن شرط في الصلاة وظاهر قوله تعالى : فاقرؤا ما تيسر منه يعضد حديث أبي هريرة المتقدم . والعلماء المختلفون في هذه المسئلة إما أن يكونوا ذهبوا في تأويل هذه الأحاديث مذهب الجمع وإما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك انه من ذهب مذهب من أوجب قراءة ما تيسر من القرآن له ان يقول هذا أرجح لان ظاهر الكتاب يوافقه وله ان يقول على طريق الجمع انه يمكن أن يكون حديث عبادة المقصود به نفي الكمال لانفي الاجزاء وحديث أبي هريرة المقصود منه الاعلام بلجزئ . من القراءة اذا كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولاؤلئك أيضا ان يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الأحاديث أوضح لانها أكثر وأيضا فان حديث أبي هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذي فيه يقول الله تعالى : قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين نصفها لي ونصفها لعبدي ولعبدي ما سأل يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدني عبدي الحديث ولهم ان يقولوا أيضا ان قوله عليه الصلاة والسلام : ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والأحاديث الأخر معينة والمبهم يقضى على المبهم وهذا فيه عسر فان معنى حرف ما ههنا انما هو معنى أى شيء تيسر وانما يسوغ هذا ان دلت مافي كلام العرب على ما تدل عليه لام العهد فكان يكون تقدير الكلام اقرأ الذي تيسر معك من القرآن ويكون المفهوم منه أم الكتاب اذ كانت الألف واللام في الظاهر تدل على العهد فينبغي أن يتأمل هذا في كلام العرب فان وجدت العرب تفعل هذا أعنى تجوز في موطن ما فتدل بما على شيء معين فليسغ هذا التأويل وإلا فلا وجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ وأما اختلاف من أوجب أم الكتاب في الصلاة في كل ركعة أو في بعض الصلاة فسيبه احتمال عودة الضمير الذي في قوله عليه الصلاة والسلام : لم يقرأ فيها بأم القرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك ان من قرأ في الكل منها أو في الجزء أعنى في ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال بعينه هو الذي أصر أبا حنيفة الى أن يترك القراءة أيضا في بعض الصلاة أعنى في

الركعتين الأخيرتين، واختار مالك أن يقرأ في الركعتين الأوليين من الرباعية بالحمد وسورة وفي الأخيرتين بالحمد فقط، واختار الشافعي أن يقرأ في الأربع من الظهر بالحمد وسورة إلا أن السورة التي تقرأ في الأوليين تكون أطول فذهب مالك إلى حديث أبي قتادة الثابت أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ في الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخيرين منها بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعي إلى ظاهر حديث أبي سعيد الثابت أيضاً أنه كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفي الأخيرين قدر خمس عشرة آية ولم يختلفوا في العصر لاتفاق الحديثين فيها وذلك أن في حديث أبي سعيد هذا أنه كان يقرأ في الأوليين من العصر قدر خمس عشرة آية وفي الأخيرين قدر النصف من ذلك .

(المسئلة السادسة) انفق الجمهور على منع قراءة القرآن في الركوع والسجود لحديث علي في ذلك قال نهاني جبريل صلى الله عليه وسلم أن أقرأ القرآن راكعاً وساجداً قال الطبري وهو حديث صحيح وبه أخذ فقهاء الأمصار وصار قوم من التابعين إلى جواز ذلك وهو مذهب البخاري لأنه لم يصح الحديث عنده والله أعلم . واختلفوا هل في الركوع والسجود قول محدود بقوله المصلي أم لا فقال مالك ليس في ذلك قول محدود وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وجماعة غيرهم إلى أن المصلي يقول في ركوعه سبحان ربّي العظيم ثلاثاً وفي السجود سبحان ربّي الأعلى ثلاثاً على ما جاء في حديث عقبة بن عامر وقال الثوري أحب إلى أن يقولها الإمام خمساً في صلاته حتى يدرك الذي خلفه ثلاث تسيحات ثم والسبب في هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس في هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك أن في حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : ألا وإنني نهيت أن أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً فاما الركوع فاعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء فقم أن يستجاب لكم وفي حديث عقبة بن عامر أنه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : اجعلوها في ركوعكم ولما نزلت سبح اسم ربك الأعلى قال اجعلوها في سجودكم ولذلك اختلفوا في الدعاء في الركوع بعد اتفاقهم على جواز التثنية على الله فسكره ذلك مالك لحديث علي أنه قال عليه الصلاة والسلام : أما الركوع فاعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء في الركوع واحتجوا بالحديث جاء فيها أنه عليه الصلاة والسلام دعا في الركوع وهو مذهب البخاري واحتج بحديث عائشة قالت كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول في ركوعه وسجوده : سبحانك اللهم ربنا وبحمدك اللهم اغفر لي . وأبو حنيفة لا يجيز الدعاء في

الصلاة بغير ألفاظ القرآن، ومالك والشافعي يجيزان ذلك والسبب في ذلك اختلافهم فيه هل هو كلام أم لا .

(المسئلة السابعة) اختلفوا في وجوب التشهد وفي المختار منه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى ان التشهد ليس بواجب، وذهبت طائفة الى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد وداود . وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الاثر وذلك أن القياس يقتضى إلحاقه بسائر الاركان التى ليست بواجبة في الصلاة لاتفاقهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس انه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن يقتضى وجوبه مع أن الاصل عند هؤلاء ان أفعاله وأقواله في الصلاة يجب ان تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والاصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو ان ما ثبت وجوبه في الصلاة مما اتفق عليه أو صرح بوجوبه فلا يجب ان يلحق به الا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى أصلان متعارضان . وأما المختار من التشهد فان مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضى الله عنه الذى كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزكيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله تعالى وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله الا الله وحده لا شريك له وأشهد ان محمدا عبده ورسوله واختار اهل الكوفة أبو حنيفة وغيره تشهد عبادة بن مسعود قال ابو عمر وبه قال احمد وأكثر أهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لا إله الا الله وأشهد ان محمدا عبده ورسوله واختار الشافعي وأصحابه تشهد عبد الله ابن عباس الذى رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال . كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد ان لا إله الا الله وأن محمدا رسول الله وسبب اختلاف ظنونهم في الأرجح منها فن غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الاحاديث الثلاثة مال اليه وقد ذهب كثير من الفقهاء الى أن هذا كله على التخيير كالاذان والتكبير على الجنائز وفي العيدين وفي غير ذلك مما تواتر نقله وهو الصواب والله أعلم . وقد اشترط الشافعي الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد وقال انها فرض لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما) ذهب الى ان هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور الى انه التسليم الذى يؤتى به عقب

الصلاة عليه . وذهب قوم من أهل الظاهر إلى أنه واجب أن يتعوذ بالشهادتين من الأربع التي جاءت في الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة الحيا والممات لأنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه إذا فرغ أحدهم من التشهد الأخير فليتعوذ من أربع الحديث خرجه مسلم .

(المسئلة الثامنة) اختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المفرد والامام تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتان. فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث علي وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه ، وتحليلها التسليم، ومن ذهب إلى أن الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت من أنه عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليمين وذلك عند من حمل فعله على الوجوب، واختار مالك للأمرم تسليمين وللإمام واحدة وقد قيل عنه أن الإمام يسلم ثلاثا الواحدة للتحليل والثانية للإمام والثالثة لمن هو عن يساره وأما أبو حنيفة فذهب إلى ما رواه عبد الرحمن بن زياد الأفريقي أن عبد الرحمن بن رافع وبكر بن سودة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا جلس الرجل في آخر صلاته فأجث قبل أن يسلم فقد تمت صلاته قال أبو عمر بن عبد البر وحديث علي المتقدم أثبت عند أهل النقل لأن حديث عبد الله بن عمرو بن العاصي انفرد به الأفريقي وهو عند أهل النقل ضعيف (قال القاضي) أن كان أثبت من طريق النقل فإنه محتمل من طريق اللفظ وذلك أنه ليس يدل على أن الخروج من الصلاة لا يكون بغير التسليم إلا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند أكثر ولكن للجمهور أن يقولوا أن الألف واللام التي للحصر أقوى من دليل الخطاب في كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به .

(المسئلة التاسعة) اختلفوا في القنوت فذهب مالك إلى أن القنوت في صلاة الصبح مستحب، وذهب الشافعي إلى أنه سنة، وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يجوز القنوت في صلاة الصبح وإن القنوت إنما موضعه الترتيب وقال قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لا قنوت إلا في رمضان، وقال قوم بل في النصف الأخير منه، وقال قوم بل في النصف الأول، والسبب في ذلك اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات في ذلك على بعض أعني التي قنت فيها على التي لم يقنت فيها قال أبو عمر بن عبد البر والقنوت بلفظ الكفرة في رمضان مستفيض في الصدر الأول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذ كوان

والنفر الذين قتلوا أصحاب بشر معونة وقال الليث بن سعد ما قنت منذ أربعين عاماً
أو خمسة وأربعين عاماً الاوراء امام يقنت قال الليث وأخذت في ذلك بالحديث الذي
جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قنت شهراً أو أربعين يدعو لقوم ويدعوا على
آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتباً (ليس لك من الأمر شيء أو يتوب
عليهم أو يعذبهم فانهم ظالمون) فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها
حتى لقي الله قال فمذ حملت هذا الحديث لم أقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى (قال القاضي)
ولقد حدثني الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة وانه استمر الى زماننا
أو قريب من زماننا. وخرج مسلم عن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قنت
في صلاة الصبح ثم بلغنا انه ترك ذلك لما تزلت (ليس لك من الأمر شيء أو يتوب
عليهم) وخرج عن أبي هريرة أنه قنت في الظهر والعشاء الآخرة وصلاة الصبح
وخرج عنه عليه الصلاة والسلام أنه قنت شهراً في صلاة الصبح يدعو على بني
عصية و اختلفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك
ونستهديك ونؤمن بك ونخضع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم اياك نعبد ولك نصلي
ونسجد واليك نسمي ونحسد نرجوا رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك بالكافرين
ملحق ويسمونها أهل العراق السورتين ويروى أنها في مصحف أبي بن كعب . وقال
الشافعي واسحاق بل يقنت باللهم اهدنا فيمن هديت وطاقنا فيمن عافيت وطاقنا شر
ما قضيت انك تقضي ولا يقضى عليك تباركت ربنا وتعاليت وهذا يرويه الحسن
ابن علي من طرق ثابتة ان النبي عليه الصلاة والسلام علمه هذا الساء يقنت به
في الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلي خلفه وقال قوم
لبس في القنوت شيء موقوف .

الفصل الثاني

في الأفعال التي هي أركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل ثمانى مسائل .
(المسئلة الاولى) اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة في ثلاثة مواضع ،
أحدها في حكمه ، والثاني في المواضع التي يرفع فيها من الصلاة ، والثالث الى اين
ينتهي برفعها . فاما الحكم فذهب الجمهور الى انه سنة في الصلاة ، وذهب داود وجماعة
من أصحابه الى ان ذلك فرض وهو لاء انقسموا أقساماً فمنهم من أوجب ذلك في
تسكيرة الاحرام فقط ، ومنهم من أوجب ذلك في الاستفتاح وعند الركوع أغنى عند

الانحطاط فيه وعند الارتفاع منه، ومنهم من أوجب ذلك في هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع التي يرفع فيها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبي هريرة الذي فيه تعليم فرائض الصلاة لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان حديث أبي هريرة إنما فيه انه قال له وكبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة وأما اختلافهم في المواضع التي ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثوري وسائر فقهاءهم الى انه لا يرفع المصلي يديه الا عند تكبيرة الاحرام فقط وهي رواية ابن القاسم عن مالك، وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وجهور أهل الحديث وأهل الظاهر الى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروى عن مالك الا انه عند أولئك فرض وعند مالك سنة، وذهب بعض أهل الحديث الى رفعهما عند السجود وعند الرفع منه * والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك ان في ذلك أحاديث، أحدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء ابن عازب أنه : كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها ، والحديث الثاني حديث سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذ رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضاً كذلك . وقال سمع الله من حمده ربنا ولك الحمد وكان لا يفعل ذلك في السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا انه روى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلاً من أصحابه ، والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فن حمل الرفع هنا على أنه ندب أو فريضة فمنهم من أفتصر به على الاحرام فقط ترجيحاً لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك . لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع في الموضعين أعنى في الركوع وفي الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء ان الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان من رأيه أنه ندب حمل ذلك على الندب، ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال أنه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها الى بعض على ما في حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا في هذه الآثار مذهبين اما مذهب الترجيح واما مذهب الجمع * والسبب في اختلافهم في حمل رفع اليدين في الصلاة هل هو على الندب أو على الفرض هو السبب الذي قلناه قبل من ان بعض الناس يرى ان الاصل في أفعاله صلى الله عليه وسلم أن تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك، ومنهم

من يرى أن الأصل ألا يزداد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت أو إجماع أنه من فرائض الصلاة إلا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشيء الواحد مرات كثيرة ، وأما الحد الذي ترفع اليه اليدين فذهب بعضهم إلى أنه المنكبان وبه قال مالك والشافعي وجاعة وذهب بعضهم إلى رفعهما إلى الأذنين وبه قال أبو حنيفة، وذهب بعضهم إلى رفعهما إلى الصدر وكل ذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا أن أثبت ما في ذلك أنه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع إلى الأذنين أثبت من الرفع إلى الصدر وأشهر .

(المسئلة الثانية) ذهب أبو حنيفة إلى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب، وقال الشافعي هو واجب، واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهب يقتضي أن يكون سنة أو واجبا إذ لم ينقل عنه نص في ذلك * والسبب في اختلافهم هل الواجب الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشيء الذي ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال في الركوع، ومن كان الواجب عنده الأخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المتقدم للرجل الذي علمه فروض الصلاة : أركع حتى تطمئن راكعا وارفع حتى تطمئن رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضا وعلى هذا الحديث عول كل من رأى أن الأصل أن لا تحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام في سائر أفعال الصلاة مما لم ينص عليها في هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم يروا رفع اليدين فرضا ولا ماعدات كبيرة الأحرام والقراءة من الأقاويل التي في الصلاة فتأمل هذا فإنه أصل مناقض للأصل الأول وهو سبب الخلاف في أكثر هذه المسائل .

(المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يفضى باليمنى إلى الأرض وينصب رجله اليمنى ويثني اليسرى وجلس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى، وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والأخيرة فقال في الوسطى بمثل قول أبي حنيفة وفي الأخيرة بمثل قول مالك * وسبب اختلافهم في ذلك تعارض الآثار وذلك أن في ذلك ثلاثة آثار أحدها وهو ثابت باتفاق حديث أبي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه الصلاة والسلام وفيه إذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى وإذا جلس في الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعدته . والثاني حديث وائل بن حجر وفيه أنه كان إذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث ما رواه مالك عن عبد الله بن عمر أنه قال إنما سنة الصلاة أن تنصب

رجلك اليمنى وثنى اليسرى وهو يدخل في المسند لقوله فيه : أما سنة الصلاة وفي روايته عن القاسم بن محمد أنه أراهم الجلوس في التشهد فنصب رجلاه اليمنى وثنى اليسرى وجلس على ورکه الايسر ولم يجلس على قدمه ثم قال أرأيتي هذا عبيد الله بن عبد الله ابن عمر وحدثني ان أباہ كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيح لخديث وائل؛ وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث أبي حميد، وذهب الطبري مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها ثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الافعال المختلفة أولى ان تحمل على التخيير منها على التعارض وانما يتصور التعارض أكثر ذلك في الفعل مع القول أو في القول مع القول.

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والاخيرة فذهب الاكثر في الوسطى الى انها سنة وليست بفرض؛ وشذ قوم فقالوا انها فرض، وكذلك ذهب الجمهور في الجلسة الاخيرة الى انها فرض، وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض والسبب في اختلافهم هو تعارض مفهوم الاحاديث وقياس احدي الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث أبي هريرة المتقدم: اجلس حتى تطمئن جالداً فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها فمن اخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء في حديث ابن بحنة الثابت انه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يجبرها وسجد لها وثبت عنه أنه أسقط ركعتين فجبرها وكذلك ركعة. فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضاً باجماع فوجب ألا تكون الجلسة الوسطى فرضاً فهذا هو الذي أوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا أن سجود السهو وانما يكون للسنة دون الفروض ومن رأى انها فرض قال السجود لا يجلسه الوسطى شئ يخصها دون سائر الفرائض وليس في ذلك دليل على أنها ليست بفرض، وأما من ذهب الى انها كليهما سنة فقياس الجلسة الاخيرة على الوسطى بعد أن اعتقد في الوسطى بالدليل الذي اعتقد به الجمهور انها سنة فإذا السبب في اختلافهم هو في الحقيقة آيل الى معارضة الاستدلال لظاهر القول أو ظاهر الفعل فان من الناس أيضاً من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة ان أفعاله عليه الصلاة والسلام عنده الاصل فيها ان تكون في الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فإذا الاصلان جميعاً يقتضيان ههنا أن الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه أكثر الجمهور من غير أن يكون له معارض الا القياس وأعني بالاصلين القول والعمل ولذلك أضف الاقوال من رأى ان الجلستين سنة والله أعلم وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى

وكفه اليسرى على ركبه اليسرى ويشير بأصبعه. واتفق العلماء على أن هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة في الصلاة. واختلفوا في تحريك الأصابع لاختلاف الأثر في ذلك والثابت أنه كان يشير فقط.

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء في وضع اليدين أحدهما على الأخرى في الصلاة فكره ذلك مالك في الفرض وأجازته في النفل، ورأى قوم أن هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور في السبب في اختلافهم أنه قد جاءت آثار ثابتة نقلت فيها صفة صلاته عليه الصلاة والسلام ولم ينقل فيها أنه كان يضع يده اليمنى على اليسرى وثبت أيضا أن الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك أيضا من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام في حديث أبي حميد فرأى قوم أن الآثار التي أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التي لم تنقل فيها هذه الزيادة وأن الزيادة يجب أن يصار إليها، ورأى قوم أن الواجب المصير إلى الآثار التي ليس فيها هذه الزيادة لأنها أكثر ولكون هذه ليست مناسبة لأفعال الصلاة وإنما هي من باب الاستعانة ولذلك أجازها مالك في النفل ولم يجزها في الفرض وقد يظهر من أمرها أنها هيئة تقتضي الخضوع وهو الأولى بها.

(المسئلة السادسة) اختلف قوم إذا كان الرجل في وتر من صلاته ألا ينهض حتى يستوى قاعدا، واختار آخرون أن ينهض من سجوده نفسه وبالأول قال الشافعي وجماعة، وبالثاني قال مالك وجماعة في سبب الخلاف أن في ذلك حديثين مختلفين. أحدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلي فاذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا وفي حديث أبي حميد في صفة صلاته عليه الصلاة والسلام أنه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الأولى قام ولم يتورك، فأخذ بالحديث الأول الشافعي وأخذ بالثاني مالك وكذلك اختلفوا إذا سجد هل يضع يديه قبل ركبته أو ركبته قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين في سبب اختلافهم أن في حديث ابن حجر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا سجد وضع ركبته قبل يديه وإذا نهض رفع يديه قبل ركبته وعن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : إذا سجد أحدكم فلا يرك كما يرك البعير وليضع يديه قبل ركبته وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبته وقال بعض أهل الحديث حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبي هريرة .

(المسئلة السابعة) اتفق العلماء على أن السجود يكون على سبعة أعضاء الوجه واليدين والركبتين وأطراف القدمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من ذلك الأعضاء هل تبطل صلاته

أم لا فقال قوم لا تبطل صلاته لأن اسم السجود إنما يتناول الوجه فقط؛ وقال قوم تبطل أن لم يسجد على السبعة الأعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا أن من سجد على جبهته وأنفه فقد سجد على وجهه * واختلفوا فيمن سجد على أحدهما فقال مالك أن سجد على جبهته دون أنفه جاز وإن سجد على أنفه دون جبهته لم يجز، وقال أبو حنيفة بل يجوز ذلك؛ وقال الشافعي لا يجوز إلا أن يسجد عليهما جميعاً وسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله وذلك أن في حديث النبي عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء فذكر منها الوجه فمن رأى أن الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال أن سجد على الجبهة أو الأنف أجزاءه ومن رأى أن اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الأنف أجاز السجود على الجبهة دون الأنف وهذا كأنه تحديد للبعض الذي امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين أبعاض الشيء فرأى أن بعضها يقوم في امتثاله مقام الوجوب وببعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فإنه أصل في هذا الباب ولا جاز لقائل أن يقول إنه إن مس من أنفه الأرض منقل خردلة تم سجوده، وأما من رأى أن الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والأنف، والشافعي يقول إن هذا الاحتمال الذي من قبل اللفظ قد أزاله فعله عليه الصلاة والسلام وبينه فإنه كان يسجد على الأنف والجبهة لما جاء من أنه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وأنفه أثر الطين والماء فوجب أن يكون فعله مفسراً للحديث المجمل قال أبو عمر بن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكروا فيه الأنف والجبهة (قال القاضي) أبو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط وكلا الروايتين في كتاب مسلم وذلك حجة لما لك . واختلفوا أيضاً هل من شرط السجود أن تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذي يوضع عليه الوجه أم ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه؛ وقالت جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم في السجود على طاقات العمامة ولناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع؛ وقول بالجواز؛ وقول بالفرق بين أن يسجد على طاقات يسيرة من العمامة أو كثيرة؛ وقول بالفرق بين أن يمس من جبهته الأرض شيء أولاً يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود في المذهب وعند فقهاء الأمصار وفي البخاري كانوا يسجدون على القلائس والعمائم، واحتج من لم ير إبراز اليدين في السجود بقول ابن عباس أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يسجد على سبعة أعضاء ولا تكفت

ثوبا ولا شعرا وقياسا على الركبتين وعلى الصلاة في الحفين ويمكن أن يحتج بهذا العموم في السجود على العمامة .

(المسئلة الثامنة) اتفق العلماء على كراهية الاقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهي أن يقعى الرجل في صلاته كما يقعى الكلب الا أنهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رأى ان الاقعاء المنهى عنه هو جلوس الرجل على اليتية في الصلاة ناصبا فخذه مثل اقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة ، وقوم رأوا أن معنى الاقعاء الذى نهى عنه هو أن يجعل اليتية على عقيه بين السجدين وان يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر أنه ذكر انه إنما كان يفعل ذلك لانه كان يشتكى قدميه واما ابن عباس فكان يقول الاقعاء على القدمين في السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرج به مسلم بسبب اختلافهم هو تردد اسم الاقعاء المنهى عنه في الصلاة بين أن يدل على المعنى اللغوى أو يدل على معنى شرعى أغنى على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رأى أنه يدل على المعنى اللغوى قال هو اقعاء الكلب ومن رأى أنه يدل على معنى شرعى قال إنما أريد بذلك إحدى هيئات الصلاة المنهى عنها ولما ثبت عن ابن عمر ان قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق الى اعتقاده ان هذه الهيئة هي التى أريد بالاقعاء المنهى عنه وهذا ضعيف فان الاسماء التى لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على المعنى اللغوى حتى يثبت لها معنى شرعى بخلاف الامر في الاسماء التى تثبت لها معان شرعية أغنى أنه يجب أن يحمل على المعانى الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوى مع انه قد عارض حديث ابن عمر في ذلك حديث ابن عباس .

﴿ الباب الثانى من الجملة الثالثة ﴾

وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة . أحدها في معرفة حكم صلاة الجماعة ، والثانى في معرفة شروط الامامة ومن أولى بالتقدم وأحكام الامام الخاصة به ، الثالث في مقام المأموم من الامامة والاحكام الخاصة بالمأمومين ، الرابع في معرفة ما يتبع فيه المأموم والامام مما ليس يتبعه ، الخامس في صفة الاتباع ، السادس فيما يحمله الامام عن المأمومين ، السابع في الاشياء التى اذا فسدت لها صلاة الامام يتعدى الفساد الى المأمومين .

﴿ الفصل الاول ﴾

في هذا الفصل مسئلتان احدهما هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء أم ليست بواجبة، المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه أن يصلي مع الجماعة الصلاة التي قد صلاها أم لا

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية وذهبت الظاهرية الى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف ^{بها} والسبب في اختلافهم تعارض مفهومات الآثار في ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة أو بسبع وعشرين درجة يعطى ان الصلاة في الجماعة من جنس المندوب اليه وكأنها كمال زائد على الصلاة الواجبة فكأنه قال عليه الصلاة والسلام : صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء وحديث الأعمى المشهور حين استأذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه الصلاة والسلام أسمع النداء قال نعم قال لا أجدر لك رخصة هو كالنص في وجوبها مع عدم العذر خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث ابى هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : والذي نفسي بيده لقد هممت ان آمر بحطب فيحطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلاً فيؤم الناس ثم أحواف الى رجال فأحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو يعلم أحدكم انه يجد عظماً سمياً أو مرماتين حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقائ فيه . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلّم كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع بتأويل حديث مخالفه وصرفه الى ظاهر الحديث الذي تمسك به . فاما أهل الظاهر فاتهم قالوا ان المفاضلة لا يمتنع أن تقع في الواجبات أنفسها أى أن صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمسكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم وأما أولئك فزعموا انه يمكن أن يحمل حديث الأعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذي يجب على من سمعه الاتيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان أباهريرة قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل أعمى فقال يا رسول

الله انه ليس لي قائد يقودني الى المسجد فسأل رسول الله أن يرخص له فيصلي في بيته فرخص له فلما ولي دعاء فقال : هل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال : فأجب وظاهر هذا يبعد أن يفهم منه نداء الجمعة مع ان الاتيان الى صلاة الجمعة واجب علي من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولأعرف في ذلك خلافا وعارض هذا الحديث أيضا حديث عتيان بن مالك المذكور في الموطاء وفيه ان عتيان بن مالك كان يؤم وهو أعمى وأنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تسكون الظلمة والمطر والسيل وأنا رجل ضرير البصر فصل يا رسول الله في بيتي مكانا اتخذه مضى فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين تحب ان أصلي فأشار له الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(وأما المسئلة الثانية) فان الذي دخل المسجد وقد صلى لا يخلو من أحد وجهين إما أن يكون صلى منفرداً وأما أن يكون صلى في جماعة فان كان صلى منفرداً فقال قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط ومن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والمصر، وقال الاوزاعي الا المغرب والصبح، وقال أبو نؤر الا العصر والفجر، وقال الشافعي يعيد الصلوات كلها وإنما انفقوا على ايجاب اعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بشر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه : مالك لم تصل مع الناس أأنت رجل مسلم فقال بلى يا رسول الله ولكني صليت في أهلي فقال عليه الصلاة والسلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس أو بالدليل فمن حمله على عمومته أوجب عليه إعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعي، وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فانه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هي وتر فلو أعيدت لاشبهت صلاة الشفع التي ليست بوتر لأنها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت تنتقل من جلسها الى جلس صلاة أخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان السلام قد فصل بين الاوتار والتمسك بالعموم أقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس وأقوى من هذا ما قاله الكوفيون من أنه اذا أعادها يكون قد أوتر مرتين وقد جاء في الآثار لا وتران في ليلة . وأما أبو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تسكون له نفلا فان أعاد العصر يكون قد تنفل بعد العصر وقد جاء النهي عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بأنها وتر والوتر لا يعاد وهذا قياس جيد إن سلم لهم الشافعي ان الصلاة الاخيرة لهم نفل وأما من فرق بين العصر والصبح في ذلك فلان لم يختلف الآثار في النهي عن

الصلاة بعد الصبح واختلفت في الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الاوزاعي، وأما اذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة أخرى فأكثر العقهاء على أنه لا يعيد منهم مالك وأبو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد ومن قال بهذا القول أحمد وداود وأهل الظاهر والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في ذلك وذلك أنه ورد عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا تصلي صلاة في يوم مرتين وروى عنه أنه أمر الذين صلوا في جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وأيضاً فإن ظاهر حديث بسر يوجب الاعادة على كل مصل اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والا كثر على أنه اذا ورد العام على سبب خاص لا يقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم كان يؤم قومه في تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة في الجماعة فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح أما من ذهب مذهب الترجيح فإنه أخذ بمعوم قوله عليه الصلاة والسلام . لا تصلي صلاة واحدة في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها . وأما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه الصلاة والسلام . لا تصلي صلاة في يوم مرتين إنما ذلك أن لا يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد في كل واحدة منهما انها فرض بل يعتقد في الثانية انها زائدة على الفرض ولكنه مأمور بها وقال قوم بل معنى هذا الحديث إنما هو للمنفرد أعني أن لا يصلي الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين .

الفصل الثاني

(وفي هذا الفصل مسائل أربع)

(المسئلة الاولى) اختلفوا في من أولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم أفقهم لا أقرؤهم وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد يؤم القوم أقرؤهم والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فاعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فاقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فاقدمهم اسلاماً ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكريمه الاباذنه وهو حديث متفق على صحته. لكن اختلف العلماء في مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو أبو حنيفة ومنهم من فهم من الأقرأ ههنا الافقه لانه زعم ان الحاجة الى الفقه في الامامة أمس من الحاجة الى القراءة وأيضاً فان الاقرأ من الصحابة كان هو الافقه ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم .

(المسئلة الثانية) اختلف الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم اذا كان قارئاً؛ فاجاز ذلك قوم لعموم هذا الاثر والحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبي، ومنع ذلك قوم مطلقاً، وأجازوه قوم في النفل ولم يجيزوه في الفريضة وهو مروى عن مالك وسبب الخلاف في ذلك هل يؤم أحد في صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في امامة الفاسق فردوها قوم باطلاق، وأجازوها قوم باطلاق وفرق قوم بين أن يكون فسقه مقطوعاً به أو غير مقطوع به فقالوا ان كان فسقه مقطوعاً به أعاد الصلاة المصلي وراءه أبداً وان كان مظلوماً استجبت له الاعادة في الوقت وهذا الذي اختاره الأبهري تأولاً على المذهب. ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذي يشرب النبيذ ويتأول أقوال أهل العراق فأجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجيزوها وراء غير المتأول . وسبب اختلافهم في هذا انه شيء مسكوت عنه في الشرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لا يطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأمون من امامه الا صحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل عن المأموم أجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة واتهم الفاسق أن يكون يصلي صلاة فاسدة كما يتهم في الشهادة أن يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين أن يكون فسقه بتأويل أو بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين ان يكون فسقه مقطوعاً به أو غير مقطوع به لانه اذا كان مقطوعاً به فكأنه غير معذور في تأويله . وقد رام أهل الظاهر أن يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم النجوم أقرؤهم قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقاً من غير فاسق والاحتجاج بالعموم في غير المقصود ضعيف، ومنهم من فرق بين ان يكون فسقه في شروط صحة الصلاة أو في أمور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة

(المسئلة الرابعة) اختلفوا في امامة المرأة فالجمهور على انه لا يجوز أن تؤم الرجال. واختلفوا في امامتها النساء فأجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشذأبو ثور والطبري فأجازا امامتها على الاطلاق . وانما اتفق الجمهور على منعها أن تؤم الرجال لانه لو كان جائزاً لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه أيضاً لما كانت سلتين في الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوز لمن التقدم عليهم لقوله عليه الصلاة والسلام : أخرهن حيث أخرهن الله ولذلك أجاز بعضهم امامتها للنساء اذ كن متساويات في المرتبة في الصلاة مع انه ايضاً نقل ذلك عن بعض الصدر الاول، ومن اجاز امامتها فاما ذهب الى ما رواه أبو داود من حديث أم ورقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان

يزورها في بيتها وجعل لها مؤذنا يؤذن لها وأمرها ان تؤم أهل دارها وفي هذا الباب مسائل كثيرة أعنى من اختلافهم في الصفات المشترطة في الامام تركنا ذكرها لتكونا مسكونا عنها في الشرع .

(قال القاضي) وقصدنا في هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة أو ماله تعلق قريب بالمسموع . واما احكام الامام الخاصة به فان في ذلك اربعة مسائل متعلقة بالسمع احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام القرآن ام المأموم هو الذي يؤمن فقط . والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام ، والثالثة اذا ارتج عليه هل يفتح عليه ام لا ، والرابعة هل يجوز ان يكون موضعه ارفع من موضع المأمومين

فاما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة أم الكتاب فان مالكا ذهب في رواية ابن القاسم عنه والمصريين انه لا يؤمن ، وذهب جمهور الفقهاء الى أنه يؤمن كالمأموم سوا وهي رواية المدنيين عن مالك . وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين الظاهر . أحدهما حديث أبي هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أمن الامام فامنوا . والحديث الثاني ماخرجه مالك عن أبي هريرة أيضا أنه قال عليه الصلاة والسلام . اذا قال الامام غير المنضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين . فاما الحديث الاول فهو نص في تأمين الامام وأما الحديث الثاني فيستدل منه على ان الامام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن لما امر المأموم بالتأمين عند الفراغ من أم الكتاب قبل أن يؤمن الامام لان الامام كما قال عليه الصلاة والسلام . بما جعل الامام ليؤمن به الا ان يخص هذا من أقوال الامام اعنى ان يكون للمأموم ان يؤمن معه او قبله فلا يكون فيه دليل على حكم الامام في التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذي يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذي رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعي وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصا ولانه ليس فيه شيء من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع تأمين المأموم فقط لافي هل يؤمن الامام أولا يؤمن فتأمل هذا ويمكن أيضا أن يتناول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله . فاذا أمن فامنوا أى فاذا بلغ موضع التأمين وقد قيل ان التأمين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم من الحديث الابقياس أعنى ان يفهم من قوله فاذا قال غير المنضوب عليهم ولا الضالين فامنوا أنه لا يؤمن الامام . وأما متى يكبر الامام فان قوما قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعي وجاعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل أن يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب

أبى حنيفة والثوري وزفر * وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث أنس وحديث بلال . أما حديث أنس فقال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يكبر في الصلاة فقال : أقيموا صفوفكم وتراصوا فإني أراكم من وراء ظهري وظاهر هذا أن الكلام منه كان بعد الفراغ من الإقامة مثل ما روى عن عمر أنه كان إذا تمت الإقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر . وأما حديث بلال فإنه روى أنه كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم فكان يقول له يا رسول الله لا تسبقني بآمين خرجه الطحاوي قالوا فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والإقامة لم تتم .

وأما اختلافهم في الفتح على الإمام إذا ارتج عليه فإن مالكا والشافعي وأكثر العلماء أجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون * وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تردد في آية فلما انصرف قال ابن أبي أئلم يكن في القوم أي يريد الفتح عليه وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا يفتح على الإمام والخلاف في ذلك في الصدر الأول والمنع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور .

وأما موضع الإمام فإن قوماً أجازوا أن يكون أرفع من موضع المأمومين، وقوم منعوا ذلك، وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك * وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث الثابت أنه عليه الصلاة والسلام : أم الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وأنه كان إذا أراد أن يسجد تزل من على المنبر ، والثاني ما رواه أبو داود : أن حذيفة أم الناس على دكان فأخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم أنهم كانوا ينهون عن ذلك أو ينهى عن ذلك .

وقد اختلفوا هل يجب على الإمام أن ينوي الإمامة أم لا فذهب قوم إلى أنه ليس ذلك بواجب عليه لحديث ابن عباس : أنه قام إلى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله في الصلاة، ورأى أن هذا محتمل وأنه لا بد من ذلك إذا كان يحمل بعض أفعال الصلاة عن المأمومين وهذا على مذهب من يرى أن الإمام يحمل فرضاً أو نفلاً عن المأمومين .

الفصل الثالث

(في مقام المأموم من الإمام . وأحكام المأموم الخاصة به . وفي هذا الباب خمس مسائل)
(المسئلة الأولى) جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الإمام

لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وأنهم إن كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه واحتافوا اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى أنهما يقومان خلف الامام ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما والسبب في اختلافهم أن في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال . قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بيدي فادارني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جابر ابن صخر فتروضا ثم جاء فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بأيدينا جميعا فدفعنا حتى قمنا خلفه ، والحديث الثاني حديث ابن مسعود : أنه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما . وأسنده الى النبي صلى الله عليه وسلم قال أبو عمر واختلف رواة هذا الحديث فبعضهم أوقفه وبعضهم أسنده والصحيح انه موقوف . واما ان سنة المرأة أن تقف خلف الرجل أو الرجال أن كان هنالك رجل سوى الامام أو خلف الامام ان كانت وحدها فلا أعلم في ذلك خلافا لثبوت ذلك من حديث أنس الذي أخرجه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم . صلى به وبامه أو خالته قال فاقامني عن يمينه وأقام المرأة خلفنا والذي أخرجه عنه أيضا مالك انه قال فصففت أنا واليتيم وراءه عليه الصلاة والسلام والعجوز من ورائنا . وسنة الواحد عند الجمهور أن يقف عن يمين الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة وقال قوم بل عن يساره ولا خلاف في ان المرأة الواحدة تصلي خلف الامام وانها ان كانت مع الرجل صلى الرجل الى جانب الامام والمرأة خلفه .

(المسئلة الثانية) أجمع العلماء على أن الصف الاول مرغّب فيه وكذلك تراص الصفوف وتسويتها لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا اذا صلى انسان خلف الصف وحده فالجمهور على أن صلاته تجزى . وقال أحمد وأبو ثور وجاعة صلاته فاسدة . وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو انه قال عليه الصلاة والسلام : لا صلاة لقائم خلف الصف وكان الشافعي يرى أن هذا يعارضه قيام العجوز وحدها خلف الصف في حديث أنس وكان احمد يقول ليس في ذلك حجة لان سنة النساء هي القيام خلف الرجال وكان أحمد كما قلنا يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة . واحتج الجمهور بحديث أبي بكر : أنه ركع دون الصف فلم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعادة وقال له : زادك الله حرصا ولا تعد ولو حمل هذا على التدب لم يكن تعارض . أعني بين حديث وابصة وحديث أبي بكر .

(المسئلة الثالثة) اختلف الصدر الاول في الرجل يريد الصلاة فيسمع الإقامة هل

يسرع المشى الى المسجد أم لا مخافة ان يفوته جزء من الصلاة فروى عن عمر وبن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون المشى اذا سمعوا الاقامة وروى عن زيد بن ثابت وأبي ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لا يرون السعى بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وبهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث أبي هريرة الثابت : اذا ثوب بالصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون واتوها وعليكم السكينة ويشبه ان يكون سبب الخلاف في ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث أو رأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) وقوله (والسابقون السابقون أولئك المقربون) وقوله (سارعوا الى مغفرة من ربكم) وبالجملة فاصول الشرع تشهد بالمبادرة الى الخير لكن اذا صح الحديث وجب ان تستتى الصلاة من بين سائر أعمال القرب .

(المسئلة الرابعة) متى يستحب ان يقام الى الصلاة فبعض استحسّن البدء في أول الاقامة على الاصل في الترغيب في المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عند حى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحد في ذلك حداً كمالك رضى الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وليس في هذا شرع مسموع الاحديث أبى قتادة انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا أقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى ترونى فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على أصلها المعفو عنه أعنى انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل فحسن .

(المسئلة الخامسة) ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له أن يركع دون الصف الاول ثم يدب راعياً وكره ذلك الشافعى، وفرق أبو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه الواحد وأجاز له الجماعة وما ذهب اليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود ^{رض} وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث أبى بكره وهو انه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من الساعى قال أبو بكره انا قال : زادك الله حرصاً ولا تعد .

* (الفصل الرابع في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام) *

وأجمع العلماء على أنه يجب على المأموم ان يتبع الامام في جميع أقواله وأفعاله الا في قوله سمع الله ان حمده وفي جلوسه اذا صلى جالساً لمرض عند من اجاز امامة الجالس وأما اختلافهم في قوله سمع الله ان حمده فان طائفة ذهبت الى أن الامام يقول

إذا رفع رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط ويقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وغيرهما، وذهبت طائفة أخرى إلى أن الإمام والمأموم يقولان جميعاً سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وإن المأموم يتبع فيهما مع الإمام كسائر التكبير سواء، وقد روى عن أبي حنيفة أن المنفرد والإمام يقولانها جميعاً ولا خلاف في المنفرد أعني أنه يقولهما جميعاً بسبب الاختلاف في ذلك حديثان متعارضان، أحدهما حديث أنس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارقعوا وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد ؛ والحديث الثاني حديث ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم لم كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضاً وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد فمن رجع مفهوم حديث أنس قال لا يقول المأموم سمع الله لمن حمده ولا الإمام ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لأنه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق به ومن رجع حديث ابن عمر قال يقول الإمام ربنا ولك الحمد ويجب على المأموم أن يتبع الإمام في قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله : إنما جعل الإمام ليؤتم به، ومن جمع بين الحديثين فرق في ذلك بين الإمام والمأموم والحق في ذلك أن حديث أنس يقتضي بدليل الخطاب أن الإمام لا يقول ربنا ولك الحمد وإن المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده وحديث ابن عمر يقتضي نصاً أن الإمام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب أن يترك النص بدليل الخطاب فإن النص أقوى من دليل الخطاب وحديث أنس يقتضي بعمومه أن المأموم يقول سمع الله لمن حمده بعموم قوله : إنما جعل الإمام ليؤتم به وبدليل خطابه أن لا يقولها فوجب أن يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف أن العموم أقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف أيضاً في القوة والضعف ولذلك ليس يبعد أن يكون بعض أدلة الخطاب أقوى من بعض أدلة العموم فالمسئلة لعمرى اجتهادية أعني في المأموم .

(وأما المسئلة الثانية) وهي صلاة القائم خلف القاعد فإن حاصل القول فيها أن العلماء اتفقوا على أنه ليس للصحيح أن يصلي فرضاً قاعداً إذا كان منفرداً وأما لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) واختلفوا إذا كان المأموم صحيحاً فصلّى خلف إمام مريض يصلي قاعداً على ثلاثة أقوال ؛ أحدها أن المأموم يصلي خلفه قاعداً ومن قال بهذا القول أحمد وإسحاق ؛ والقول الثاني أنهم يصلون خلفه قياماً قال أبو عمر بن عبد البر وعلى هذا جماعة فقهاء الأمصار الشافعي وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه قياماً وإن كان لا يقوى

على الركوع والسجود بل يومئذ إمام . وروى ابن القاسم انه لا تجوز امامة القاعد .
وانه ان صلوا خلفه قياما أو قعودا بطلت صلاتهم وقد روى عن مالك انهم يعيدون
الصلاة في الوقت وهذا إنما بنى على الكراهة لأعلى المنع والاول هو المشهور عنه .
وسبب الاختلاف تعارض الآثار في ذلك ومعارضة العمل للآثار أغنى عمل أهل
المدينة عند مالك وذلك ان في ذلك حديثين متعارضين ؛ أحدهما حديث أنس : وهو
قوله عليه الصلاة والسلام : وإذا صلى قاعداً فصلوا قعوداً وحديث عائشة في معناه
وهو انه صلى صلى الله عليه وسلم وهو شاك جالساً وصلى وراءه قوم قياماً فأشار اليهم
ان اجلسوا فلما انصرف قال : إنما جعل الامام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا وإذا رفع
فارفعوا وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً ؛ والحديث الثاني حديث عائشة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم خرج في مرضه الذي توفي منه فأتى المسجد فوجد أبا بكر
وهو قائم يصلي بالناس فاستأخر أبو بكر فأشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن كانت
تجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم الى جنب أبي بكر فكان أبو بكر يصلي بصلاة
رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر فذهب الناس في هذين
الحديثين مذهبين مذهب النسخ ومذهب الترجيح . فأما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا
ان ظاهر حديث عائشة وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤم الناس وان ابا بكر
كان مسمعا لانه لا يجوز أن يكون اماناً في صلاة واحدة وان الناس كانوا قياماً وأن النبي
عليه الصلاة والسلام كان جالساً فوجب أن يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام
إذ كان آخر فعله ناسخاً لقوله وفعله المتقدم . وأما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا
حديث أنس بان قالوا ان هذا الحديث قد اضطربت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان
الامام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر ، وأما مالك فليس له مستند من السماع
لان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة القاعد وإنما اختلفا في قيام المأموم أو قعوده .
حتى أنه لقد قال أبو محمد بن حزم انه ليس في حديث عائشة أن الناس صلوا لقياماً
ولا قعوداً وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشيء لم ينص عليه قال ابو عمر وقد
ذكر أبو المصعب في مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس أحد قاعداً فان أهمهم
قاعداً فسدت صلاتهم وصلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يؤمن أحد بعدى
قاعداً قال أبو عمر وهذا حديث لا يصح عند أهل العلم بالحديث لانه يرويه جابر
الجعفي مرسل لا يصح بما رواه ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم خرج وهو مريض فكان أبو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه

وسلم يصلي بصلاة أبي بكر وقال : مامات نبي حتى يؤمه رجل من امته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه ائتم بابي بكر لانه لا تجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لا يجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث .

﴿ الفصل الخامس في صفة الاتباع ﴾

وفيه مسئلتان . احدهما في وقت تكبيرة الاحرام للمأموم . والثانية في حكم من رفع رأسه قبل الامام . أما اختلافهم في وقت تكبير المأموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبر معه اجزاء وقد قيل انه لا يجزئه واما ان كبر قبله فلا يجزئه وقال أبو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه واما الشافعي فمعه في ذلك روايتان . احدهما مثل قول مالك وهو الاشهر . والثانية ان المأموم ان كبر قبل الامام اجزاء * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين . احدهما قوله عليه الصلاة والسلام : فاذا كبر فكبروا . والثاني ما روى انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امسكوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه اثر الماء فظاهر هذا أن تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير أولا لمكان عدم الطهارة وهو أيضا مبني على أصله في ان صلاة المأموم غير مرتبطة بصلاة الامام والحديث ليس فيه ذكر هل استأنفوا التكبير أو لم يستأنفوه فليس ينبغي ان يحمل على أحدهما الا بتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون إلا بعد ان يتقدم الامام إما بالتكبير وإما بافتتاحه، وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه ان يرجع فيتبع الامام، وذهب قوم الى ان صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أما يخاف الذي يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار .

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على انه لا يحمل الامام عن المأموم شيئا من فرائض الصلاة ما عدا القراءة فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال : أحدها ان المأموم يقرأ مع الامام فيما أسرفيه ولا يقرأ معه فيما جهر به ؛ والثاني انه لا يقرأ معه أصلا ، والثالث يقرأ فيما أسر أم الكتاب وغيرها وفيما جهر أم الكتاب فقط، وبعضهم فرق في الجهر بين ان يسمع قراءة الامام أولا يسمع فاجب عليه القراءة اذا لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالأول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما أسرفيه الامام، وبالثاني قال أبو حنيفة، وبالثالث

قال الشافعي والتفرقة بين أن يسمع أولاً يسمع هو قول أحمد بن حنبل * والسبب في اختلافهم اختلاف الأحاديث في هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك أن في ذلك أربعة أحاديث. أحدها قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وما ورد من الأحاديث في هذا المعنى مما قد ذكرناه في باب وجوب القراءة . والثاني ما روى مالك عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ معي منكم أحد آنفاً فقال رجل نعم انا يا رسول الله فقال رسول الله : اني أقول مالي أنازع القرآن فأنهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم . والثالث حديث عبادة بن الصامت قال : صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فنقلت عليه القراءة فلما انصرف قال . اني لا أراكم تقرأون وراء الامام قلنا نعم قال فلا تفعلوا الا بآم القرآن قال ابو عمر وحديث عبادة بن الصامت هنا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح . والحديث الرابع حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ، من كان له امام فقراءته له قراءة وفي هذا أيضاً حديث خامس صحيح . أحمد بن حنبل وهو ما روى انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قرأ الامام فأنصتوا فاختلف الناس في وجه جمع هذه الأحاديث فمن الناس من استثنى من النهي عن القراءة فيما جهر فيه الامام قراءة أم القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام . لا صلاة الا بفاتحة الكتاب للمأموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهي الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الامام في حديث أبي هريرة وأكد ذلك بظاهر قوله تعالى (واذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) قالوا وهذا انما ورد في الصلاة ومنهم من استثنى القراءة الواجبة على المصلي للمأموم فقط سرّاً كانت الصلاة أو جهر أو جعل الوجوب الوارد في القراءة في حق الامام والمنفرد فقط مصيراً الى حديث جابر وهو مذهب أبي حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصاً لقوله عليه الصلاة والسلام : واقرأ ما تيسر معك فقط لانه لا يرى وجوب قراءة أم القرآن في الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقاً على ما تقدم وحديث جابر لم يروه مرفوعاً الا جابر الجعفي ولا حجة في شيء مما انفرد به قال أبو عمر وهو حديث لا يصح الامر فوعاً عن جابر .

﴿ الفصل السابع ﴾

واتفقوا على انه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فقطع ان صلاة المأمومين ليست تفسد . واختلفوا اذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة

وقال قوم صلاتهم فاسدة، وفرق قوم بين أن يكون الامام عالماً بجنابته أو ناسياً لها فقالوا ان كان عالماً فسدت صلاتهم وان كان ناسياً لم تفسد صلاتهم وبالأول قال الشافعي وبالثاني قال أبو حنيفة، وبالثالث قال مالك وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام أم ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة، ومن فرق بين السهو والعمد قصد الى ظاهر الاثر المتقدم وهو انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكنوا فذهب ثم رجع وعلى جسمه أثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعي يرى انه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبدؤا بالصلاة مرة ثانية .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثالثة ﴾

والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر في أربعة فصول ، الفصل الاول في وجوب الجمعة وعلى من يجب ، الثاني في شروط الجمعة ، الثالث في أركان الجمعة ، الرابع في أحكام الجمعة .

﴿ الفصل الاول في وجوب الجمعة ومن يجب عليه ﴾

أما وجوب صلاة الجمعة على الاعيان فهو الذي عليه الجمهور لكونها بدلاً من واجب وهو الظهر ولظاهر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) والامر على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام . لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن الله على قلوبهم، وذهب قوم الى أنها من فروض الكفایات، وعن مالك رواية شاذة انها سنة . والسبب في هذا الاختلاف تشبيهاً بصلاة العيد لقوله عليه الصلاة والسلام : ان هذا يوم جعله الله عيداً . وأما على من يجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائداً عليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما . أما المتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من أهل الجمعة ، وأما المختلف فيهما فهما المسافر والعيد فالجمهور على انه لا تجب عليهما الجمعة وداود وأصحابه على أنه تجب عليهما الجمعة . وسبب اختلافهم اختدعهم في صحة الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة الا اربعة عبد ملوك أو امرأة أو صبي أو مريض وفي أخرى الا خمسة وفيه أو مسافر والحديث لم يصح عند أكثر العلماء .

﴿ الفصل الثاني في شروط الجمعة ﴾

وأما شروط الجمعة فاتفقوا على أنها شروط الصلاة المفروضة بعينها أعني الثمانية المتقدمة ما عدا الوقت والاذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة بهما . أما الوقت فان الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه أعني وقت الزوال وانها لا تجوز قبل الزوال؛ وذهب قوم الى أنه يجوز أن تصلى قبل الزوال وهو قول أحمد بن حنبل . والسبب في هذا الاختلاف الاختلاف في مفهوم الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما أخرجه البخاري عن سهل بن سعد انه قال : ما كنا نتعدي بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقبل الا بعد الجمعة ومثل ما روى أنهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدران إطلال . فمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ومن لم يفهم منها الا التبكير فقط لم يجز ذلك لثلاثة رخص الاصول في هذا الباب . وذلك أنه قد ثبت من حديث ألس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم : كان يصلى الجمعة حين تميل الشمس وايضا فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب أن يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار ان تحمل تلك على التبكير إذ ليست نصا في الصلاة قبل الزوال وهو الذي عليه الجمهور . وأما الاذان فان جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو إذا جلس الامام على المنبر . واختلفوا هل يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط أو اكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه إنما يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط وهو الذي يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل إنما يؤذن ثلاثة . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه روى البخاري عن السائب بن يزيد انه قال : كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروى ايضا عن السائب ابن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى أيضا عن سعيد بن المسيب انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر اذانا واحدا حين يخرج الامام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الاذان الاول ليتبأ الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة . فذهب قوم الى ظاهر ما رواه البخاري وقالوا يؤذن يوم الجمعة مؤذنان ، وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثاني

هو الإقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند أهل الحديث ضعيفة ولا سيما فيما انفرد به . وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفوا في مقدار الجماعة فمنهم من قال واحد مع الإمام وهو الطبري، ومنهم من قال اثنان سوى الإمام، ومنهم من قال ثلاثة دون الإمام وهو قول أبي حنيفة، ومنهم من اشترط أربعين وهو قول الشافعي وأحمد، وقال قوم ثلاثين، ومنهم من لم يشترط عددا ولكن رأى أنه يجوز بما دون الأربعين ولا يجوز بالثلاثة والأربعة وهو مذهب مالك وحدهم بانهم الذين يمكن أن تقرى بهم قرية من سبب اختلافهم في هذا اختلافهم في أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أو اثنان وهل الإمام داخل فيهم أم ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشروط في هذه الصلاة هو أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع أو ما ينطلق عليه اسم الجمع في غالب الأحوال وذلك هو أكثر من الثلاثة والأربعة. فمن ذهب إلى أن الشرط في ذلك هو أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده أن أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فإن كان ممن بعد الإمام في الجمع المشروط في ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الإمام وواحد ثان وأن كان ممن لا يرى أن يعد الإمام في الجمع قال تقوم باثنين سوى الإمام، ومن كان أيضا عنده أن أقل الجمع ثلاثة فإن كان لا يعد الإمام في جملتهم قال بثلاثة سوى الإمام وأن كان ممن يعد الإمام في جملتهم وافق قول من قال أقل الجمع اثنان ولم يعد الإمام في جملتهم، وأما من راعى ما ينطلق عليه في الأكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا تعتقد بالاثنتين ولا بالأربعة ولم يحد في ذلك حدا. ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكنهم أن يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله وأما من اشترط الأربعين فصيرا إلى ما روى أن هذا العدد كان في أول جمعة صليت بالناس فهذا هو أحد شروط صلاة الجمعة أعني شروط الوجوب وشروط الصحة فإن من الشروط ما هي شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الأمرين جميعا أعني أنها شروط وجوب وشروط صحة . وأما الشرط الثاني وهو الاستيطان فإن فقهاء الأمصار اتفقوا عليه لاتفاقهم على أن الجمعة لا تجب على مسافر. وخالف في ذلك أهل الظاهر لا يجابهم الجمعة على المسافر واشترط أبو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ولم يشترط العدد . وسبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المتطرق إلى الأحوال الراجعة التي اقترنت بهذه الصلاة عند فعله إياها صلى الله عليه وسلم هل هي شرط في صحتها أو وجوبها أم ليست بشرط وذلك أنه لم يصلها صلى الله عليه وسلم إلا في جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رأى أن اقتران هذه الأشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطا في صلاة الجمعة اشترطها ومن رأى بعضها دون

بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتركه اشتراط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا في مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جعتان في مصر واحد أولا تقام ٢ والسبب في اختلافهم في اشتراط الاحوال والافعال المقترنة بها هو ككون بعض تلك الاحوال أشد مناسبة لافعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوما من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة في الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطا في ذلك لكونه غير مناسب لاحوال الصلاة ورأى المسجد شرطا لكونه أقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتأخرون من أصحابه هل من شرط المسجد السقف أم لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه أم لا وهذا كله لعله تعمق في هذا الباب ودين الله يسر. واقائل أن يقول ان هذه لو كانت شروطاً في صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى (لئين للناس ما نزل اليهم) ولقوله تعالى (ولئين لهم الذي اختلفوا فيه) والله المرشد للصواب .

﴿ الفصل الثالث في الاركان ﴾

اتفق المسلمون على أنها خطبة وركعتان بعد الخطبة، واختلفوا من ذلك في خمس مسائل هي قواعد هذا الباب

(المسئلة الاولى) في الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن؛ وقال أقوام انها ليست بفرض. وجهور أصحاب مالك على انها فرض الا ابن الماجشون ٢ وسبب اختلافهم هو هل الاصل المتقدم من احتمال كل ما اقترن بهذه الصلاة أن يكون من شروطها أو لا يكون فمن رأى ان الخطبة حال من الاحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا قوّم انها عوض من الركعتين اللتين نقصتا من هذه الصلاة قال انها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط في صحتها ومن رأى ان المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رأى انها ليست شرطا من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف في هذه الخطبة هل هي فرض أم لا لكونها راتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالى (فاسعوا الى ذكر الله) وقالوا هو الخطبة .

(المسئلة الثانية) واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المجزئ منها فقال ابن القاسم هو أقل ما ينطلق اسم خطبة في كلام العرب من انكلام المؤلف المبتدئ بحمد الله وقال الشافعي أقل ما يجزئ من ذلك خطبتان اثنتان يكون في كل واحدة منهما

فإنما يفصل أحدهما من الأخرى بجلسة خفيفة بحمد الله في كل واحدة منهما في أولها. ويصلي على النبي ويوصي بتقوى الله ويقرأ شيئاً من القرآن في الأولى ويدعو في الآخرة. والسبب في اختلافهم هو هل يجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أو الاسم الشرعي فمن رأى أن المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي لم يشترط فيها شيئاً من الأقوال التي نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها؛ ومن رأى أن المجزئ من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعي اشترط فيها أصول الأقوال التي نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعني الأقوال الراجعة الغير مبدلة والسبب في هذا الاختلاف أن الخطبة التي نقلت عنه فيها أقوال رابعة وغير رابعة فمن اعتبر الأقوال الغير رابعة وغلب حكمها قال يكفي من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أعني اسم خطة عند العرب ومن اعتبر الأقوال الراجعة وغلب حكمها قال لا يجزئ من ذلك إلا أقل ما ينطلق عليه اسم الخطبة في عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعي وذلك أنه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطاً ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطاً.

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة أقوال، فمنهم من رأى أن الانصات واجب على كل حال وأنه حكم لازم من أحكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة أقسام، فبعضهم أجاز التشميت ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثوري والاوزاعي وغيرهم، وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التشميت، وبعض فرق بين السلام والتشميت فقالوا يرد السلام ولا يشمت والقول الثاني مقابل القول الاول وهو أن الكلام في حال الخطبة جائز الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروي عن الشعبي وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي والقول الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة أولاً يسمعها فان سمعها أنصت وان لم يسمع جازله أن يسبح أو يتسكلم في مسئلة من العلم وبه قال أحمد وعطاء وجماعة والجمهور على أنه ان تكلم لم تفسد صلاته وروى عن ابن وهب انه قال من لنا فصلاته ظهر اربع وإنما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث أبي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : اذا قلت لصاحبك أنصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت وأما من لم يوجه فلا أعلم لهم شبهة الا أن يكونوا يرون أن هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب في قوله تعالى (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون)، أي أن ما عدا القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف وانه أعلم والاشبه أن يكون هذا الحديث لم يصلهم ثم وأما اختلافهم في رد السلام وتشميت العاطس

فالسبب فيه تعارض عموم الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال أن يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الامر بالصمت يوم الجمعة الامر بالسلام والتشميت أجازها ومن استثنى من عموم الامر برد السلام والتشميت الامر بالصمت في حين الخطبة لم يجز ذلك؛ ومن فرق فانه استثنى رد السلام من النهي عن التكلم في الخطبة واستثنى من عموم الامر بالتشميت وقت الخطبة وإنما ذهب واحد واحد من هؤلاء الى واحد واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم في أحدها وضعفه في الآخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت والامر برد السلام والتشميت هو عام في الوقت خاص في الكلام فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التشميت في وقت الخطبة، ومن استثنى الكلام الخاص من النهي عن الكلام العام أجاز ذلك. والصواب الايصار لاستثناء أحد العمومين بأحد الخصوصين الابدليل فان عسر ذلك فبالنظر في ترجيح العمومات والخصوصات وترجيح تأكيد الاوامر بها والقول في تفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بايجاز أنه ان كانت الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هنالك دليل على أي يستثنى من أي وقع التمايز ضرورة وهذا يقل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح في العمومات والخصوصات الواقعة في أمثال هذه المواضع هو النظر الى جميع اقسام النسب الواقع بين الخصوصين والعمومين وهي أربع عمومان في مرتبة واحدة من القوة وخصوصان في مرتبة واحدة من القوة فهذا لا يصار لاستثناء أحدهما الابدليل ، الثاني مقابل هذا وهو خصوص في نهاية القوة وعموم في نهاية الضعف فهذا يجب أن يصار اليه ولا بد أعني أن يستثنى من العموم الخصوص، الثالث خصوصان في مرتبة واحدة وأحد العمومين أضعف من الثاني فهذا يلغى أن يخص فيه العموم الضعيف، الرابع عمومان في مرتبة واحدة وأحد الخصوصين أقوى من الثاني فهذا يجب أن يكون الحكم فيه للخصوص القوي وهذا كله اذا تساوت الاوامر فيها في مفهوم التأكيد فان اختلفت حديث من ذلك ترايب مختلفة ووجبت المقايضة أيضاً بين قوة الالفاظ وقوة الاوامر ولعسر انضباط هذه الاشياء قيل ان كل مجتهد مصيب أو أقل ذلك غير مأثوم .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المتبرهل يركع أم لا فذهب بعض الى أنه لا يركع وهو مذهب مالك؛ وذهب بعضهم الى أنه يركع ^٢ والسبب في اختلافهم معارضة القياس لعموم الاثر وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب أن يركع الداخل في المسجد يوم الجمعة وان

كان الامام يخطب والامر بالانصات الى الخطيب يوجب دليله ألا يشتغل بشيء مما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الاثر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : اذا جاء أحدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين خرجه مسلم في بعض رواياته وأكثر رواياته أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل ان يركع ولم يقل اذا جاء أحدكم الحديث فينتظر الى هذا الخلاف في هل تقبل زيادة الراوى الواحد اذا خالفه أصحابه عن الشيخ الاول الذى اجتمعوا في الرواية عنه أم لا فان صحت الزيادة ووجب العمل بها فانها نص في موضع الخلاف والنص لا يجب أن يعارض بالقياس لكن يشبه أن يكون الذى راعاه مالك في هذا هو العمل.

(المسئلة الخامسة) أكثر الفقهاء على أن من سنة القراءة في صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة في الركعة الاولى لما تكرر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه خرج مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان يقرأ في الركعة الاولى بالجمعة وفي الثانية باذا جاءك المنافقون، وروى مالك أن الضحاك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل أنك حديث الغاشية، واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح اسم ربك الاعلى كان حسنا لانه مروى عن عمر بن عبد العزيز، وأما أبو حنيفة فلم يقف فيها شيئا والسبب في اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس يوجب ألا يكون لها سورة راتبة كالحال في سائر الصلوات ودليل الفعل يقضى ان يكون لها سورة راتبة (قال القاضى) خرج السلم عن النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أنك حديث الغاشية قال فاذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلوتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة راتبة وان الجمعة ليس كان يقرأ بها دائما.

الفصل الرابع في أحكام الجمعة

وفي هذا الباب أربع مسائل ، الاولى في حكم طهر الجمعة ، الثانية على من تجب من خارج المصر ، الثالثة وقت الرواح المرغب فيه الى الجمعة ، الرابعة في جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء .

(المسئلة الاولى) اختلفوا في طهر الجمعة فذهب الجمهور الى أنه سنة، وذهب أهل الظاهر الى أنه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطا في صحة الصلاة والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك ان في هذا الباب حديث أبى سعيد الخدرى وهو

قوله عليه الصلاة والسلام : طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت . كانت الناس عمال أنفسهم فيروحون الى الجمعة بهيتهم فقبل ثواغتسلتم والاول صحيح باتفاق والثاني خرجه أبو داود ومسلم وظاهر حديث أبي سعيد يقتضي وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة ان ذلك كان لموضع النظافة وأنه ليس عبادة وقد روى . من توضأ يوم الجمعة فيها ونعمت ومن اغتسل بالغسل أفضل وهو نص في سقوط فرضيته الا أنه حديث ضعيف .

وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصرفان قوما قالوا الا تجب على من خارج وقوم قالوا بل تجب . وهؤلاء اختلفوا اختلافا كثيرا فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان اليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الاتيان اليها على ثلاثة أميال ، ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الاغلب وذلك من ثلاثة أميال من موضع النداء وهذان القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت في شروط الوجوب وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار وذلك أنه ورد الناس كانوا يأتون الجمعة من أموال في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة أميال من المدينة وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : الجمعة على من سمع النداء وروى . الجمعة على من آواه الليل الى أهله وهو أثر ضعيف .

وأما اختلافهم في الساعات التي وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه الصلاة والسلام من راح في الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكانما قرب كبشا ومن راح في الساعة الرابعة فكانما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكانما قرب بيضة فان الشافعي وجماعة من العلماء اعتقدوا ان هذه الساعات هي ساعات النهار فندبوا الى الرواح من أول النهار وذهب مالك أنها أجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعده ، وقال قوم هي أجزاء ساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعي بعد الزوال الا على مذهب من يرى ان الواجب يدخله الفضيلة .

وأما اختلافهم في البيع والشراء وقت النداء فان قوما قالو يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء ، وقوما قالوا لا يفسخ . وسبب اختلافهم هل النهي عن الشيء الذي أصله مباح اذا تقيد النهي بصفة يعود لفساد النهي عنه أم . وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك والملباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك .

﴿ الباب الرابع في صلاة السفر ﴾

﴿ وهذا الباب فيه فصلان : الفصل الاول في القصر ، الفصل الثاني في الجمع ﴾

﴿ الفصل الاول في القصر ﴾

والسفر له تأثير في القصر باتفاق وفي الجمع باختلاف . اما القصر فانه اتفق العلماء جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهو قول عائشة وهو أن القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتكم الذين كفروا) وقالوا ان النبي عليه الصلاة والسلام إنما قصر لانه كان خائفا . واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع . أحدها في حكم القصر . والثاني في المسافة التي يجب فيها القصر . والثالث في السفر الذي يجب فيه القصر . والرابع في الموضع الذي يبدأ منه المسافر بالتقصير . والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع أن يقصر الصلاة .

فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال . فمنهم من رأى ان القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ، ومنهم من رأى أن القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالحيار في واجب الكفارة ، ومنهم من رأى ان القصر سنة ، ومنهم من رأى انه رخصة وان الاتمام أفضل وبالقول الاول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بأسرهم أعنى انه فرض متعين وبالثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعنى أنه سنة قال مالك في أشهر الروايات عنه وبالرابع أعنى أنه رخصة قال الشافعي في أشهر الروايات عنه وهو المنصور عند أصحابه . والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل أيضا للمعنى المعقول ولصيغة اللفظ المنقول وذلك أن المفهوم من قصر الصلاة للمسافر إنما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له في الفطر وفي أشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن أمية قال . قلت لعمر : إنما قال الله (ان خفتم أن يفتكم الذين كفروا) يريد في قصر الصلاة في السفر فقال عمر عجيت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته ففهوم . هذا الرخصة وحديث أبي قلابة عن رجل من بني عامر أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال . له النبي : ان الله وضع عن المسافر الصوم وشرط الصلاة وهما في الصحيح وهذا كله يدل على التخفيف والرخصة ورفع الحرج لا ان القصر هو الواجب ولا أنه سنة وأما الاثر الذي يعارض بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الآثار فحديث عائشة الثابت باتفاق قالت : فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد في صلاة

الحضرة. وأما دليل الفعل الذي يمارض المعنى المقول وهو مفهوم الاثر المنقول فإنه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة في كل أسفاره وأنه لم يصح عنه عليه الصلاة والسلام أنه أتم الصلاة قط فن ذهب الى أنه سنة أو واجب مخير فأنما حمله على ذلك أنه لم يصح عنده ان النبي عليه الصلاة والسلام أتم الصلاة وما هذا شأنه فقد يجب أن يكون أحد الوجهين أعني إما واجباً مخيراً وإما أن يكون سنة، وإما ان يكون فرضاً معيناً لكن كونه فرضاً معيناً يعارضه المعنى المقول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب أن يكون واجباً مخيراً أو سنة وكان هذا نوعاً من طريق الجمع وقد اعتلوا لحديث عائشة بالمشهور عنها من أنها كانت تتم وروى عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم: كان يتم الصلاة في السفر ويتصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويسجل العصر ويؤخر المغرب ويسجل العشاء ومما يعارضه أيضاً حديث أنس وأبي نجيح المكي قال: اصحاب أحب أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يتصر وبعضهم يصوم وبعضهم ينظر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في أسماء الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضوع الاول .

وأما اختلافهم في الموضوع الثاني وهي المسألة التي يجوز فيها التقصر فإن العلماء اختلفوا في ذلك أيضاً اختلافاً كثيراً فذهب مالك والشافعي وأحمد وجماعة كثيرة الى أن الصلاة تقصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط، وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون أقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وان التقصر إنما هو لمن صار من أفق الى أفق، وقال أهل الظاهر القصر في كل سفر قريباً كان أو بعيداً والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المقول من ذلك اللفظ وذلك ان المقول من تأثير السفر في التقصر انه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره في الصوم وإذا كان الامر على ذلك فيجب التقصر حيث المشقة، وأما من لا يراعى في ذلك الا الانظ فقط فقالوا قد قل النبي عليه الصلاة والسلام: ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من انطلق عليه اسم مسافر جاز له القصر والفطر وأبدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبي عليه الصلاة والسلام: كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلاً، وذهب قوم الى خافس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا لخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتكم الذين كفروا) وقد قيل أنه مذهب عائشة وقالوا أن النبي إنما قصر لانه كان خائفاً وإما اختلاف أولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة في ذلك وذلك ان مذهب الاربعة يرد مروي عن ابن عمر وابن

عباس رواه مالك، ومذهب الثلاثة أيام مروي أيضا عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما.

وأما الموضع الثالث وهو اختلافهم في نوع السفر الذي تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم أن ذلك مقصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وممن قال بهذا القول أحمد ومنهم من أجاز في السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعي، ومنهم من أجاز في كل سفر قربة كان أو مباحا أو معصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأبو ثور والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك أن من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال أنه لا يجوز إلا في السفر المتقرب به لأن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط إلا في سفر متقرب به، وأما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخص للمعصاة أم لا وهذه مسألة عارض فيها اللفظ المعنى فاختلف الناس فيها لذلك.

وأما الموضع الرابع وهو اختلافهم في الموضع الذي منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة فإن مالك قال في الموطأ لا يقصر الصلاة الذي يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل أول بيوتها وقد روى عنه أنه لا يقصر إذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة أميال وذلك عنده أقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر في إحدى الروايتين عنه وبالقول الأول قال الجمهور والسبب في هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك أنه إذا شرع في السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال إذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام قال لا يقصر إلا إذا خرج من بيوت القرية بثلاثة أميال لما صح من حديث أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين.

وأما اختلافهم في الزمان الذي يجوز للمسافر إذا أقام فيه في بلد أن يقصر فاختلاف كثير حكى فيه أبو عمر نحواً من أحد عشر قولاً إلا أن الأشهر منها هو ما عليه فقهاء الأمصار ولهم في ذلك ثلاثة أقوال. أحدها مذهب مالك والشافعي أنه إذا أزمع المسافر على إقامة أربعة أيام أتم؛ والثاني مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري أنه إذا أزمع على إقامة خمسة عشر يوماً أتم، والثالث مذهب أحمد وداود أنه إذا أزمع على أكثر من أربعة أيام أتم؛ وسبب الخلاف أنه أمر مسكوت عنه في الشرع والقهاس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم أن يستدلوا لمذهبهم.

من الاحوال التي نقلت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيها مقصراً أو أنه جعل لها حكم المسافر . فالفريق الاول احتجوا لمذهبهم بما روى انه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة ثلاثا يقصر في عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وإنما فيه حجة على أنه يقصر في الثلاثة فما دونها ، والفريق الثاني احتجوا لمذهبهم بما روى : انه أقام بمكة عام الفتح مقصراً وذلك نحو من خمسة عشر يوماً في بعض الروايات وقدرى سبعة عشر يوماً وثمانية عشر يوماً وتسعة عشر يوماً رواه البخاري عن ابن عباس وبشكل قال فريق ، والفريق الثالث احتجوا بمقامه في حجه بمكة مقصراً أربعة أيام وقد احتجت المالكية لمذهبها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للعاهجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على ان إقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهي النكسة التي ذهب الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه الصلاة والسلام أعنى متى يرتفع عنه بقصد الإقامة اسم السفر ولذلك انفقوا على انه ان كانت الإقامة مدة لا يرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأى واحد منهم في تلك المدة وعاقه عائق عن السفر انه يقصر أبداً وإن أقام ما شاء الله ومن راعى الزمان الاقل من فقامه تأول مقامه في الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلاً ان الخمسة عشر يوماً التي أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح إنما أقامها هو أبداً ينوي انه لا يقيم أربعة أيام وهذا بعينه يلزمهم في الزمان الذي حدوه والاشبه بالمجتهد في هذا أن يسلك أحد أمرين إما أن يجعل الحكم لاكثر الزمان الذي روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيه مقصراً ويجعل ذلك حداً من جهة ان الاصل هو الاتمام فوجب ألا يزاد على هذا الزمان الا بدليل أو يقول ان الاصل في هذا هو أقل الزمان الذي وقع عليه الاجماع وما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام أقام مقصراً أكثر من ذلك الزمان فيحتمل أن يكون أقامه لانه جائز للمسافر ويحتمل أن يكون أقامه بنية الزمان الذي تجوز أقامته فيه مقصراً باتفاق فرض له ان أقام أكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التسك بالاصل وأقل ما قيل في ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن وروى عن الحسن البصري ان المسافر يقصر أبداً الا ان يقدم مصراً من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصراً من الامصار فهذه أمهات المسائل التي تتعلق بالقصر .

الفصل الثاني في الجمع

وأما الجمع فانه يتعلق به مسائل ثلاثة ، أحدها جوازه ، والثانية في صفة الجمع ، والثالثة في مبيحات الجمع .

أما جوازهم أجمعوا على أن الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة . وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضاً في وقت العشاء سنة أيضاً . واختلفوا في الجمع في غير هذين المكانين فاجازه الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من التي لا يجوز؛ ومنه أبو حنيفة وأصحابه بإطلاق . وسبب اختلافهم أولاً اختلافهم في تأويل الآثار التي رويت في الجمع والاستبدال منها على جواز الجمع لأنها كلها أفعال وليست أقوالاً والأفعال يتطرق الاحتمال إليها كثيراً أكثر من تطرقه إلى اللفظ وثانياً اختلافهم أيضاً في تصحيح بعضها وثالثاً اختلافهم أيضاً في إجازة القياس في ذلك فهي ثلاثة أسباب كما ترى . أما الآثار التي اختلفوا في تأويلها . فمنها حديث أنس الثابت باتفاق أخرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ارتحل قبل أن تریغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فإن زاغت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب؛ ومنها حديث ابن عمر أخرجه الشيخان أيضاً قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء . والحديث الثالث حديث ابن عباس أخرجه مالك ومسلم قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً في غير خوف ولا سفر فذهب القائلون بجواز الجمع في تأويل هذه الأحاديث إلى أنه أخر الظهر إلى وقت العصر المختص بهما وذهب الكوفيون إلى أنه إنما أوقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة العصر في أول وقتها على ما جاء في حديث إمامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لأنه قد انعقد الإجماع أنه لا يجوز هذا في الحضر لغير عذر أعني أن تصلي الصلوات معاً في وقت أحدهما واحتجوا لتأويلهم أيضاً بحديث ابن مسعود قال : والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط إلا في وقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا وأيضاً فمذهب الآثار محتمل أن تكون على ما تأولناه نحن أو تأولتموه أنتم وقد صح توقيت الصلاة وتبينها في الأوقات فلا يجوز أن تنقل عن أصل ثابت بأمر محتمل . وأما الآثار التي اختلفوا في تصحيحه فمأروء مالك من حديث معاذ بن جبل أنهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فأخر الصلاة يوماً ثم خرج فصلي الظهر والعصر جميعاً ثم خرج فصلي المغرب والعشاء جميعاً وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الأحاديث في إجازة الجمع لأن ظاهره أنه قدم العشاء إلى وقت المغرب وإن كان لهم أن يقولوا أنه أخر المغرب إلى آخر وقتها وصلى العشاء في أول وقتها لأنه ليس في الحديث أمر مقطوع به على ذلك

بل لفظ الراوى محتمل . واما اختلافهم في اجازة القياس في ذلك فهو أن يلحق سائر الصلوات في السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعنى ان يجاز الجمع قياسا على تلك فيقال مثلا صلاة وجبت في سفر فجاز أن يجمع أصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله أعنى جواز هذا القياس لكن القياس في العبادات يضعف فهذه هي أسباب الخلاف الواقع في جواز الجمع .

(أما المسئلة الثانية) وهي صورة الجمع فاختلف فيه أيضا القائلون بالجمع أعنى في السفر . فمنهم من رأى ان الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعا مما في أول وقت الاولى جاز وهي إحدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الأمرين أعنى ان يقدم الآخرة الى وقت الاولى أو بعكس الأمر وهو مذهب الشافعى وهي رواية أهل المدينة عن مالك والاولى رواية ابن القاسم عنه وإنما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فقصيرا الى انه لا يرجح بالعدالة أعنى انه لا يفضل عدالة عدالة في وجوب العمل بها ومعنى هذا أنه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث أنس لذا كان رواية الحديثين عدولا وان كان رواية أحد الحديثين أعدل .

(واما المسئلة الثالثة) وهي الأسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها . واختلفوا في الجمع في الحضر وفي شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من جعله سببا مبيحا للجمع أى سفر كان وبأى صفة كان ، ومنهم من اشترط فيه ضربا من السير ونوعا من أنواع السفر فأما الذى اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك في رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجد به السير ، ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى وهي إحدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فأما راعى قول ابن عمر : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ، ومن لم يذهب هذا المذهب فأما راعى ظاهر حديث أنس وغيره . وكذلك اختلفوا كما قلنا في نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع فمنهم من قال هو سفر القرية كالحج والغزو وهو ظاهر رواية ابن القاسم ، ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعى . وظاهر رواية المدنيين عن مالك * والسبب في اختلافهم في هذا هو السبب في اختلافهم في السفر الذى تقصر فيه الصلاة وان كان هنالك التعميم لان القصر نقل قولنا وفعلنا والجمع انما نقل فعلا فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزئه في غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى غيره من الاسفار . واما الجمع في الحضر لغير عذر فان مالكا وأكثر الفقهاء لا يجيزونه وأجاز

ذلك جماعة من أهل الظاهر وأشهب من أصحاب مالك * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث ابن عباس فمنهم من تأوله على أنه كان في مطر كما قال مالك؛ ومنهم من أخذ بعمومه مطلقاً وقد خرج مسلم زيادة في حديثه وهو قوله عليه الصلاة والسلام: في غير خوف ولا سفر ولا مطر وهذا تمسك أهل الظاهر . وأما الجمع في الحضر لعذر المطر فأجازه الشافعي ليلاً كان أو نهاراً ومنعه مالك في النهار وأجازه في الليل وأجازه أيضاً في الطين دون المطر في الليل وقد عذر الشافعي مالكاً في تفريقه من صلاة النهار في ذلك وصلاة الليل لأنه روى الحديث وتأوله أغنى تخصص عمومه من جهة القياس وذلك أنه قال في قول ابن عباس : جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء في غير خوف ولا سفر أرى ذلك كان في مطر قال فلم يأخذ بعموم الحديث ولا بتأويله أغنى تخصيصه بل رد بعضه وتناول بعضه وذلك شيء لا يجوز بإجماع وذلك أنه لم يأخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر وأخذ بقوله والمغرب والعشاء وتأوله وأحسب أن مالكاً رحمه الله إنما رد بعض هذا الحديث لأنه عارضه العمل فأخذ منه ببعض الذي لم يعارضه العمل وهو الجمع في الحضر بين المغرب والعشاء على ما روى أن ابن عمر كان إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر في هذا الأصل الذي هو العمل كيف يكون دليلاً شرعياً فيه نظر . فإن متقدمي شيوخ المالكية كانوا يقولون أنه من باب الإجماع وذلك لا وجه له فإن إجماع البعض لا يحتج به وكان متأخروهم يقولون أنه من باب نقل التواتر ويحتجون في ذلك بالصاع وغيره مما نقله أهل المدينة خلفاً عن سلف والعمل إنما هو فعل والفعل لا يفيد التواتر إلا أن يقرن بالقول فإن التواتر طريقه الخبر لا العمل وبأن جعل الأفعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والاشبه عندي أن يكون من باب عموم البلوى الذي يذهب إليه أبو حنيفة وذلك أنه لا يجوز أن يكون أمثال هذه السنن مع تكررها وتكرر وقوع أسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها على أهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفاً عن سلف وهو أقوى من عموم البلوى الذي يذهب إليه أبو حنيفة لأن أهل المدينة أخرى أن لا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة في طريق النقل وبالجمل العمل لا يشك أنه قرينة إذا اقترنت بالشئ المنقول أن وافقته افادت به غلبة ظن وإن خالفته افادت به ضعف ظن : فأما هل تبلغ هذه القرينة مبلغاً ترد بها أخبار الآحاد الثابتة فيه نظر . وعسى أنها تبلغ في بعض ولا تبلغ في بعض لتفاضل الأشياء في شدة عموم البلوى بها وذلك أنه كلما كانت السنة الحاجة إليها أمس وهي كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير أن ينتشر قولاً أو عملاً فيه ضعف وذلك أنه

يوجب ذلك أحد أمرين . اما أنها منسوخة ، واما ان النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كابى المعالى وغيره . واما الجمع في الحضر للمريض فان مالكا أباحه له اذا خاف أن يعمى عليه أو كان به بطن ومنع ذلك الشافعى والسبب في اختلافهم هو اختلافهم في تعدى علة الجمع في السفر أعنى المشقة فمن طرد العلة رأى ان هذا من باب الاولى والاخرى وذلك ان المشقة على المريض في أفراد الصلوات أشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة أى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يجز ذلك .

﴿ الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول في صلاة الخوف ﴾

اختلف العلماء في جواز صلاة الخوف بعد النبي عليه الصلاة والسلام وفي صفتها . فأكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى (واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا) الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وعمل الائمة والخلفاء بعده بذلك . وشذ أبو يوسف من أصحاب أبى حنيفة فقال لا تصلى صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم بامام واحد وإنما تصلى بعده بامامين يصلى واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الآخر بطائفة أخرى وهي الحارسة ركعتين أيضا وتحرس التي قد صلتت والسبب في اختلافهم هل صلاة النبي بأصحابه صلاة الخوف هي عبادة أو هي لمكان فضل النبي صلى الله عليه وسلم . فمن رأى أنها عبادة لم ير أنها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام . ومن رآها لمكان فضل النبي عليه الصلاة والسلام رآها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام والا فقد كان ممكنا أن ينقسم الناس على امامين وإنما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبي عليه الصلاة والسلام وتأيد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقت لهم الصلاة) الآية . ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهب طائفة من فقهاء الشام الى أن صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على أن ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه ملسوح بها .

وأما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافا كثيرا لاختلاف الآثار في هذا الباب أعنى المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف . والمشهور من ذلك سبع صفات ، فمن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف : أن طائفة صفت معه

وصفت طائفة وجاء العدو فصلى بالتى معركمة ثم ثبت قائما وأتموا لانفسهم ثم انصرفوا وجاء العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التى بقيت من صلاتهم ثم ثبت جالسا وأتموا لانفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعى. وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا كمثل حديث يزيد بن رومان: انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعى أثر المسند على الموقوف؛ ومالك أثر الموقوف لانه أشبه بالاصول أغنى أن لا يجلس الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لا متبع وغير مختلف عليه. والصفة الثالثة ما ورد في حديث أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه رواه الثورى وجماعة وخرجه أبو داود قال: صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلا العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بازاء العدو ثم جاء الاخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبلي العدو ورجع أولئك الى مراتبهم فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وهذه الصفة قال أبو حنيفة وأصحابه ما خلى أبا يوسف على ما تقدم. والصفة الرابعة الواردة في حديث أبي عياش الزرقى قال: كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبنا غفلة لو كنا حملنا عليهم وهم في الصلاة فاتزل الله آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبلا القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الآخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الاخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذى يليه الى مقام الاخرين وتقدم الصف الآخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعا ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الاخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذى يليه سجد الاخرون ثم جلسوا جميعا فسلم بهم جميعا وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلوها يوم بنى سليمان قال أبو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن أبي موسى وعن هشام بن عروة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثورى وهو احوطها يريد أنه ليس في هذه الصفة كبير عمل يخالف لافعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جملة من أصحاب مالك وأصحاب الشافعى وخرجه مسلم

عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم ، والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال : كنا مع سعيد بن العاصي بطبرستان فقال ايكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال حذيفة انا فصلى هؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئا وهذا يخالف للاصل مخالفة كثيرة . وخرج أيضا عن ابن عباس في معناه انه قال : الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربع وفي السفر ركعتان وفي الخوف ركعة واحدة وأجاز هذه الصفة الثوري ، والصفة السادسة الواردة في حديث أبي بكره وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الامام والمأموم لكونه متما وهم مقصرون خرج مسلم عن جابر والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلون بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فاذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لانفسهم ركعة ركعة بعد أن ينصرف الامام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين فان كان خوف أشد من ذلك صلوا رجالا قياما على أقدامهم أو ركبانا مستقبلي القبلة أو غير مستقبلها ومن قال بهذه الصفة أشهب عن مالك وجهاة وقال أبو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا انه ورد ينقل الأئمة أهل المدينة وهم الحجة في النقل على من خالفهم وهم أيضا مع هذا أشبه بالاصول لان الطائفة الاولى والثانية لم يقضوا الركعة الا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها في سائر الصلوات وأكثر العلماء على ما جاء في هذا الحديث من انه اذا اشتد الخوف جاز أن يصلوا مستقبل القبلة وغير مستقبلها وإيماء من غير ركوع ولا سجود وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال لا يصل الحائف الا الى القبلة ولا يصل أحد في حال المسابقة بسبب الخلاف في ذلك مخالفة هذا الفعل للاصول ، وقد رأى قوم ان هذه الصفات كلها جائزة وان للمكلف أن يصل ايها أحب وقد قيل ان هذا الاختلاف انما كان يلحسب اختلاف المواطن .

﴿ الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض ﴾

هو اجمع العلماء أن المريض مخاطب باداء الصلاة وانه يسقط عنه فرض القيام اذا لم يستطعه

ويصلي جالسا وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود اذا لم يستطعهما أو أحدهما .
ويومئذ مكانهما . واختلفوا فيمن له أن يصلي جالسا وفي هيئة الجلوس ، وفي هيئة الذي
لا يقدر على الجلوس ولا على القيام . فأما من له ان يصلي جالسا فان قوما قالوا
هذا الذي لا يستطيع القيام أصلا ، وقوم قالوا هو الذي يشق عليه القيام من المرض .
وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة أو مع
عدم القدرة وليس في ذلك نص . وأما صفة الجلوس فان قوما قالوا يجلس متربعا
أعني الجلوس الذي هو بدل من القيام وكره ابن مسعود الجلوس متربعا فمن ذهب الى
التربيع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد ، ومن كرهه فلانه ليس من جلوس الصلاة .
وأما صفة صلاة الذي لا يقدر على القيام ولا على الجلوس فان قوما قالوا يصلي مضطجعا .
وقوم قالوا يصلي كيفما تيسر له ، وقوم قالوا يصلي مستقبلا رجلا الى الكعبة ، وقوم قالوا ان
لم يستطع الجلوس صلى على جنبه فان لم يستطع على جنبه صلى مستلقيا ورجلاه الى القبلة .
على قدر طاقته وهو الذي اختاره ابن المنذر .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة تشتمل من أفعال الصلاة على التي ليست اداء وهذه هي اما
اعادة ، واما قضاء ، واما جبر لما زاد أو نقص بالسجود ففي هذه الجملة اذا ثلاثة أبواب الباب الاول .
في الاعادة ، الباب الثاني في القضاء ، الباب الثالث في الجبران الذي يكون بالسجود .

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب الكلام فيه في الاسباب التي تقتضي الاعادة وهي مفسدات الصلاة وانفقوا
على أن من صلى بغير طهارة أنه يجب عليه الاعادة عمداً كان أو نسيانا وكذلك من
صلى لغير القبلة عمداً كان ذلك أو نسيانا وبالجملة فشكل من أدخل بشرط من شروط صحة
الصلاة وجبت عليه الاعادة وانما يختلفون من أجل اختلافهم في الشروط المصححة .
وههنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها .
فمنها اثم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضي الاعادة من أولها .
اذا كان قد ذهب ركعة أو ركعتان قبل طروا الحدث أم يبنى على ما قد مضى من الصلاة
فذهب الجمهور الى أنه لا يبنى لافي حدث ولا في غيره مما يقطع الصلاة الا في الرعاف .
فقط ، ومنهم من رأى أنه لا يبنى لافي الحدث ولا في الرعاف وهو الشافعي ، وذهب
الكوفيون الى انه يبنى في الاحداث كلها * وسبب اختلافهم أنه لم يرد في جواز ذلك أثر
عن النبي عليه الصلاة والسلام وانما صح عن ابن عمر أنه رغب في الصلاة فبنى ولم
يتوضأ فمن رأى ان هذا الفعل من الصحابي يجري مجرى التوقيت اذ ليس يمكن ان

يفعل . مثل هذا بقياس أجاز هذا الفعل . ومن كان عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس يحدث أجاز البناء في الرعاف فقط ولم يعد له غيره وهو مذهب مالك؛ ومن كان عنده أنه حدث أجاز البناء في سائر الأحداث قياساً على الرعاف، ومن رأى أن مثل هذا لا يجب أن يصار إليه الابتوت من النبي عليه الصلاة والسلام إذ قد اتفق الإجماع على أن المصلي إذا انصرف إلى غير القبلة أنه قد خرج من الصلاة وكذلك إذا فعل فيها فعلاً كثيراً لم يجز البناء لافي الحدث ولا في الرعاف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شيء بين يدي المصلي إذا صلى لغير سترة أو مربيته وبين السترة فذهب الجمهور إلى أنه لا يقطع الصلاة شيء وأنه ليس عليه إعادة وذهبت طائفة إلى أنه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الأسود . وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك أنه خرج مسلم عن أبي ذر أنه عليه الصلاة والسلام قال: يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الأسود . وخرج مسلم والبخاري عن عائشة أنها قالت: لقد رأيتني بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنابة وهو يصلي . وروى مثل قول الجمهور عن علي وعن أبي ولا خلاف بينهم في كراهية المرور بين يدي المنفرد والامام إذا صلى لغير سترة أو مربيته وبين السترة ولم يروا بأساً أن يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأساً أن يمر بين يدي المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال: أقبلت راكباً على اثنان وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس فررت بين يدي بعض الصفوف فنزلت وأرسلت الاثنان ترتع ودخلت في الصف فلم ينكر ذلك علي أحد وهذا عندهم يجري مجرى المسند وفيه نظر وإنما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدي المصلي لما جاء فيه من الوعيد في ذلك ولقوله عليه الصلاة والسلام فيه فليقاتله فإنما هو شيطان .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في النفخ في الصلاة على ثلاثة أقوال . فقوم كرهوه ولم يروا الإعادة على من فعله؛ وقوم أوجبوا الإعادة على من نفخ، وقوم فرقوا بين أن يسمع أو لا يسمع . وسبب اختلافهم تردد النفخ بين أن يكون كلاماً أو لا يكون كلاماً . (المسئلة الرابعة) اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم . وسبب اختلافهم تردد التبسم بين أن يلحق بالضحك أو لا يلحق به .

(المسئلة الخامسة) اختلفوا في صلاة الحاقن فأكثر العلماء بكرهه أن يصلي الرجل وهو حاقن لما روى من حديث زيد بن أرقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إذا أراد أحدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: لا يصلي أحدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه

الاختلافان يعني الغائط والبول. ولما ورد من النهي عن ذلك عن عمر أيضا، وذهب قوم الى أن صلاته فاسدة وأنه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك ما يدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك انه روى عنه انه أمره بالاعادة في الوقت وبعد الوقت والسبب في اختلافهم اختلافهم في النهي هل يدل على فساد النهي عنه أم ليس يدل على فساد. وإنما يدل على تأثيم من فعله فقط اذا كان أصل الفعل الذي تعلق النهي به واجبا أو جائزا وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون . منهم من يجعله عن ثوبان. ومنهم من يجعله عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل المؤمن أن يصلي وهو حاقن جدا قال أبو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لاجبة فيه .

(المسئلة السادسة) اختلفوا في رد سلام المصلي عن سلم فرخصت فيه طائفة منهم سعيد ابن المسيب والحسن بن أبي الحسن البصري وقتادة . ومنع ذلك قوم بالقول وأجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي، ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب الثعمان ، وأجاز قوم الرد في نفسه، وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة . والسبب في اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم في الصلاة المنهى عنه أم لا فمن رأى انه من نوع الكلام المنهى عنه وخصص الامر برد السلام في قوله تعالى (وإذا حيئتم بتحية فحيوا باحسن منها) الآية بأحاديث النهي عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن رأى انه ليس داخل في الكلام المنهى عنه أو خصص أحاديث النهي بالامر برد السلام اجازة في الصلاة . قال أبو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشترط قد خالف السنة فانه قد أخذ خيب أن النبي عليه الصلاة والسلام: رد على الذين سلموا عليه وهو في الصلاة بآشارة .

الباب الثاني في القضاء

والكلام في هذا الباب على من يجب القضاء وفي صفة أنواع القضاء وفي شروطه . فاما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على أنه يجب على النائم والنائم . واختلفوا في العامد والمغمى عليه وإنما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على النائم والنائم لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وفعله وأغنى بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع القلم عن ثلاث فذكر النائم وقوله اذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها وما روى أنه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها ففضاها . وأما تاركها عمدا حتى يخرج الوقت فان الجمهور على أنه آثم . وأن القضاء عليه واجب، وذهب بعض أهل الظاهر الى أنه لا يقضى وأنه آثم وأحد

من ذهب الى ذلك أبو محمد بن حزم * وسبب اختلافهم اختلافهم في شيئين : أحدهما في جواز القياس في الشرع ؛ والثاني في قياس العامد على الناسي اذا سلم جواز القياس فمن رأى أنه اذا وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في أشياء كثيرة فالتعمد أخرى ان يجب عليه لانه غير معذور أوجب القضاء عليه . ومن رأى أن الناسي والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضها على بعض إذ أحكامها مختلفة وإنما تقاس الاشياء لم يجز قياس العامد على الناسي . والحق في هذا أنه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغا وأما ان جعل من باب الرفع بالناسي والعذر له وان لا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا ضد الناسي والقياس غير سائغ لان الناسي معذور والعامد غير معذور . والاصل ان القضاء لا يجب بامر الاداء وإنما يجب بامر مجدد على ما قال المتكلمون لان القاضي قد فاته أحد شروط التمكن من وقوع الفعل على صحته وهو الوقت اذ كان شرطاً من شروط الصحة والتأخير عن الوقت في قياس التقديم عليه لكن قد ورد الاثر بالناسي والنائم وتردد العامد بين أن يكون شبيهاً أو غير شبيه والله الموفق للحق . وأما المعنى عليه فان قوماً اسقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته وقوم أوجبوا عليه القضاء . ومن هؤلاء من اشترط القضاء في عذر معلوم وقالوا يقضى في الخمس فما دونها . والسبب في اختلافهم ترده بين النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم أو جب عليه القضاء . ومن شبهه بالمجنون اسقط عنه الوجوب . وأما صفة القضاء فان القضاء نوعان ، قضاء الجملة الصلاة ، وقضاء لبعضها . أما قضاء الجملة فالنظر فيه في صفة القضاء وشروطه ووقته . فاما صفة القضاء فهي بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاة في صفة واحدة من الفرضية . وأما اذا كانت في أحوال مختلفة مشل أن يذكر صلاة حضرية في سفر أو صلاة سفريّة في حضر فاختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال ؛ فقوم قالوا إنما يقضى مثل الذي عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وأصحابه ، وقوم قالوا إنما يقضى أبداً أربعا سفريّة كانت المنسية أو حضرية فعلى رأى هؤلاء ان ذكر في السفر حضرية صلاها حضرية وان ذكر في الحضر سفريّة صلاها حضرية وهو مذهب الشافعي . وقال قوم إنما يقضى أبداً فرض الحال التي هو فيها فيقضى الحضرية في السفر سفريّة والسفريّة في الحضر حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيها في الصحة أو الصحيح يتذكر صلاة نسيها في المرض أعنى أن فرضه هو فرض الصلاة في الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون أوجب للمقضية صفة المنسية . وأما من أوجب ان يقضى أبداً حضرية فراعى الصفة في أحدهما والحال في الاخرى أعنى أنه اذا ذكر الحضرية في

السفر راعى صفة المقضية وإذا ذكر السفيرية في الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جاز على غير قياس إلا أن يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فيمن يرى القصر رخصة. وأما شروط القضاء ووقته فإن من شروطه الذى اختلفوا فيه الترتيب وذلك أنهم اختلفوا في وجوب الترتيب في قضاء المنسيات أعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض إذا كانت أكثر من صلاة واحدة فذهب مالك إلى أن الترتيب واجب فيها في الخمس صلوات فما دونها وأنه يبدأ بالمنسية وإن فات وقت الحاضرة حتى أنه قال إن ذكر المنسية وهو في الحاضرة فسدت الحاضرة عليه ويمثل ذلك قال أبو حنيفة والثوري إلا أنهم رأوا الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة وانفق هو^{*} لاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعى لا يجب الترتيب وإن فعل ذلك إذا كان في الوقت متسع فحسن يعنى في وقت الحاضرة * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب واختلافهم في تشبيه القضاء بالاداء فاما الآثار فإنه ورد في ذلك حديثان متعارضان أحدهما ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : من نسى صلاة وهو مع الإمام في أخرى فليصل مع الإمام فإذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم ليعد الصلاة التي صلى مع الإمام وأصحاب الشافعى يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : إذا نسي أحدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة فليتم التي هو فيها فإذا فرغ منها قضى التي نسي والحديث الصحيح في هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام : إذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها الحديث. وأما اختلافهم في جهة تشبيه القضاء بالاداء فإن من رأى أن الترتيب في الاداء إنما لزم من أجل أن أوقاتها المختصة بصلاة منها هي مرتبة في نفسها إذ كان الزمان لا يعقل إلا مرتباً بلحق بها القضاء لأنه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رأى أن الترتيب في الصلوات المؤداة هو في الفعل وإن كان الزمان واحداً مثل الجمع بين الصلاتين في وقت أحدهما شبه القضاء بالاداء. وقد رأيت المسالكية أن توجب الترتيب للمقضية من جهة الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام فليصلها إذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب أن تفسد عليه الصلاة التي هو فيها في ذلك الوقت وهذا لا معنى له لأنه إن كان وقت الذكر وقتاً للمنسية فهو بعينه أيضاً وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات إذا كانت أكثر من صلاة واحدة وإذا كان الوقت واحداً فلم يبق أن يكون الفساد الواقع فيها إلا من قبل الترتيب بينها كالترتيب الذى يوجد في أجزاء الصلاة الواحدة فإنه ليس إحدى الصلاتين أحق بالوقت من صاحبتهما إذ كان

وقتا لكليهما الا أن يقوم دليل الترتيب وليس ههنا عندي شيء يمكن أن يجعل أصلا في هذا الباب لترتيب المنسيات الا الجمع عند من سلمه فان الصلوات المؤداة أوقاتها مختلفة والترتيب في القضاء إنما يتصور في الوقت الواحد بعينه لصلاتين معا فافهم هذا فان فيه غموضا وأظن مالكا رحمه الله إنما قاس ذلك على الجمع وإنما صار الجميع الى استحسان الترتيب في المنسيات اذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الحندق مرتبة . وقد احتج بهذا من أوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فان هذا منسوخ وأيضا فإنه كان تركا لعذر . وأما التحديد في الخمس فما دونها فليس له وجه الا أن يقال انه أجماع فهذا حكم القضاء الذي يكون في فوات جملة الصلاة . وأما القضاء الذي يكون في فوات بعض الصلوات فمنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الامام للمأموم أعني أن يفوت المأموم بعض صلاة الامام فاما اذا فات المأموم بعض الصلاة فان فيه مسائل ثلاثا قواعد احدها متى تفوت الركعة ، والثانية هل اثباته بما حقه بعد سلام الامام اداء أو قضاء ، والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا يلزمه ذلك . اما متى تفوته الركعة فان في ذلك مسألتين . احدها اذا دخل والامام قد أهوى الى الركوع ، والثانية اذا كان مع الامام في الصلاة فسها أن يتبعه في الركوع أو منعه من ذلك ما وقع من زحام أو غيره .

(أما المسئلة الاولى) قالت فيها ثلاثة أقوال . أحدها وهو الذي عليه الجمهور انه اذا أدرك الامام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاؤها وهؤلاء اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة للاحرام وتكبيرة للركوع أو يجزيه تكبيرة الركوع وان كانت تجزيه فهل من شرطها ان ينوي بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها . فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تجزيه اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعي والاختيار عندهم تكبيرتان ، وقال قوم لا بد من تكبيرتين ، وقال يقوم تجزى واحدة وان لم ينو بها تكبيرة الافتتاح والقول الثاني انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لا يدركها مالم يدركه قائما وهو منسوب الى أبي هريرة ، والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الآخر وقدر رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم . فادرك ذلك انه يجزيه لان بعضهم أئمة لبعض وبه قال الشعبي . وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين أن يدل على الفعل نفسه الذي هو الانحناء فقط أو على الانحناء والوقوف معا وذلك انه قال عليه الصلاة والسلام : من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق

عنده على القيام والانحناء معاً قال اذا فاتته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكاً للركعة والاشتراك الذي عرض لهذا الاسم انما هو من قبل ترده بين المعنى الاغوى والمعنى الشرعى وذلك ان اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعاً على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق في قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الاخذ ببعض ما تدل عليه الاسماء قال لا بد أن يدرك مع الامام اثلاثة الاحوال أعنى القيام والانحناء والسجود ويحتمل أن يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط أن يكون اعتبر أكثر ما يدل عليه الاسم هنا لان من أدرك الانحناء فقد أدرك منها جزأين ومن فاتته الانحناء انما أدرك منها جزءاً واحداً فقط فعلى هذا يكون الخلاف آيلاً الى اختلافهم في الاخذ ببعض دلالة الاسماء أو بأكملها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعاً.

وأما من اعتبر ركوع من في الصف من المأمومين فلأن الركعة من الصلاة قد تضاف الى الامام فقط وقد تضاف الى الامام والمأمومين فبسبب الاختلاف هو الاختلاف في هذه الاضافة أعنى قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من الصلاة ومعه عليه الجمهور أظهر وأما اختلافهم في هل تجزئه تكبيرة واحدة أو تكبيران أعنى المأموم اذا دخل في الصلاة والامام راع فسيب هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يؤتى بها واقفاً أم لا فمن رأى ان من شرطها الموضع الذي تفعل فيه تعلقاً بالفعل أعنى فعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى أن التكبير كله فرض قال لا بد من تكبيرتين ومن رأى انه ليس من شرطها الموضع تعلقاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : وتحريمها التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هي فقط الفرض قال يجزئه ان يأتيها وحدها وأما من أجاز أن يأتي بتكبيرة واحدة ولم ينوبها تكبيرة الاحرام فقليل يبنى على مذهب من يرى أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبنى على مذهب من يجوز تأخير نية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس معنى ان ينوي تكبيرة الاحرام الا مقارنة النية للدخول في الصلاة لان تكبيرة الاحرام لها وصفان النية المقارنة والاولية أعنى وقوعها في اول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لا بد من النية المقارنة. ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية.

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا سها عن اتباع الامام في الركوع حتى سجد الامام فان قوماً قالوا اذا فاتته ادراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاؤها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا أمكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة

الثانية، وقوم قالوا يتبعه ويستند بالركعة مالم يرفع الامام رأسه من الانحناء في الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لأصحاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين أن يكون عن نسيان أو أن يكون عن زحام وبين أن يكون في جمعة أو في غير جمعة وبين اعتبار أن يكون المأموم عرض له هذا في الركعة الاولى أو في الركعة الثانية وليس قصدنا تفصيل المذهب ولا تخريجه وإنما الغرض الإشارة الى قواعد المسائل وأصولها فنقول * إن سبب الاختلاف في هذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم أن يقارن فعل الامام أو ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو في جميع اجزاء الركعة الثلاثة أعني القيام والانحناء والسجود أم إنما هو شرط في بعضها ومتى يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلافاً عليه أعني ان يفعل هو فعلاً والامام فعلاً تانياً فمن رأى أنه شرط في كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة أعني ان يقارن فعل المأموم فعل الامام والا كان اختلافاً عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام: فلا تختلفوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزءاً يسيراً لم يعتد بالركعة ومن اعتبره في بعضها قال هو مدرك للركعة اذا أدرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافاً عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان اتبعه فقد اختلف عليه في الركعة الاولى؛ وأما من قال إنه يتبعه مالم ينحن في الركعة الثانية فانه رأى أنه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وإنما من شرطه ان يكون بعده فقط وإنما اتفقوا على أنه اذا قام من الانحناء في الركعة الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لانه يكون في حكم الاولى والامام في حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه .

(وأما المسئلة الثانية) من المسائل الثلاث الاولى التي هي أصول هذا الباب وهل اتيان المأموم بمسا فاته من الصلاة مع الامام اداء أو قضاء فان في ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا إن ما يأتى له بعد سلام الامام هو قضاء وان ما أدرك ليس هو أول صلاته وقوم قالوا ان الذي يأتى به بعد سلام الامام هو اداء وان ما أدرك هو أول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والافعال فقالوا يقضى في الاقوال يعنون في القراءة ويبنى في الافعال يعنون الاداء. فمن أدرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول أعني مذهب القضاء قام اذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فيهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما، وعلى المذهب الثانى أعني على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بام القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط؛ وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها أيضاً بام القرآن وسورة وقد نسبت الاقوال الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضى في الاقوال

ويبنى في الأفعال لأنه لم يختلف قوله في المغرب أنه إذا أدرك منها ركعة أنه يقوم إلى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلاف في قوله أنه يقضى بأم القرآن وسورة ~~بسم~~ وسبب اختلافهم أنه ورد في بعض روايات الحديث المشهور فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا والآنمى يقتضى أن يكون ما أدرك هو أول صلاته وفي بعض رواياته فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأقضوا والقضاء يوجب أن ما أدرك هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب الآنمى قال ما أدرك هو أول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما أدرك هو آخر صلاته. ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء في الأقوال والأداء في الأفعال وهو ضعيف أعنى أن يكون بعض الصلاة أداء وبعضها قضاء وانفاقهم على وجوب الترتيب في أجزاء الصلاة وعلى أن موضع تكبيرة الإحرام هو افتتاح الصلاة ففيه دليل واضح على أن ما أدرك هو أول صلاته لكن تختلف ثانية المأموم والامام في الترتيب فتأمل هذا ويشبه أن يكون هذا هو أحسن أراءه من قال ما أدرك فهو آخر صلاته .

(وأما المسئلة الثالثة) من المسائل الأولى وهي متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام في الاتباع فإن فيها مسائل. إحداها متى يكون مدركا لصلاة الجمعة ، والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو أعنى سهو الامام ؛ والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء امام يتم الآنمى إذا أدرك من صلاة الامام بعضها .

(فاما المسئلة الأولى) فإن قوما قالوا إذا أدرك ركعة من الجمعة فقد أدرك الجمعة ويقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعى فإن أدرك أقل صلى ظهراً أربعاً وقوم قالوا بل يقضى ركعتين أدرك منها ما أدرك وهو مذهب أبى حنيفة ~~بسم~~ وسبب الخلاف في هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام : ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فإنه من صار إلى عموم قوله عليه السلام : وما فاتكم فأتموا أوجب أن يقضى ركعتين وإن أدرك منها أقل من ركعة ومن كان المحذوف عنده في قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة أى فقد أدرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف في هذا القول محتمل فإنه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ويمكن أن يراد به وقت الصلاة ويمكن أن يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز في أحدهما أظهر منه في الثانى فإن كان الامر كذلك كان من باب المجمل الذى لا يقتضى حكماً وكان الآخر بالعموم أولى وإن سلمنا أنه أظهر في أحد هذه المحذوفات وهو مثلاً الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضا للعموم الا من باب دليل الخطاب والعموم أقوى

من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبني على المحتمل أو الظاهر . وأما من يرى أن قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة أنه يتضمن جميع هذه المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب إلا أن يتقرر أن هنالك اصطلاحاً عرفياً أو شرعياً . وأما مسألة اتباع المأموم للامام في السجود أعني في سجود السهو فإن قوماً اعتبروا في ذلك الركعة أعني أن يدرك من الصلاة معه ركعة ، وقوم لم يعتبروا في ذلك فمن لم يعتبر ذلك فصيراً الى عموم قوله عليه السلام : إنما جعل الامام ليؤتم به ، ومن اعتبر ذلك فصيراً الى مفهوم قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة ولذلك اختلفوا في المسئلة الثالثة . فقال قوم ان المسافر اذا أدرك من صلاة الامام الحاضر أقل من ركعة لم يتم واذا أدرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذي يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له .

وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذي يكون للامام والمفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منها ركناً فهو يقضى أعني فريضة وأنه ليس يجزى منه إلا الاثنيان به . وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم أوجب فيها الاعادة مثل من نسي أربع سجعات من أربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوماً قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ما قبلها من الركعات ثم أتى بها وهو قول مالك ، وقوم قالوا تبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الاعادة وهي إحدى الروايتين عن أحمد ابن حنبل ، وقوم قالوا يأتي بأربع سجعات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعيد بسجدين وهو مذهب الشافعي . وسبب الخلاف في هذا مراعاة الترتيب فمن راعاه في الركعات والسجعات أبطل الصلاة ومن راعاه في السجعات أبطل الركعات ما عدى الأخيرة قياساً على قضاء ما فات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب أجاز سجودها معاً في ركعة واحدة لاسيما اذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجباً في الفعل المكرر في ركعة ركعة أعني السجود وذلك ان كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكرر فزعم أصحاب أبي حنيفة أن السجود لما كان مكرراً لم يجب أن يراعى فيه التكرير في الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فيمن نسي قراءة أم القرآن من الركعة الاولى فقبل لا يعتد بالركعة ويقضيها ، وقبل يعيد الصلاة ، وقبل يسجد سهو وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا هنا الا ما يجري مجرى الاصول .

﴿ الباب الثالث من الجملة الرابعة في سجود السهو ﴾

والسجود المنقول في الشريعة في أحد موضعين اما عند الزيادة ، أو النقصان

الذين يقمان في أفعال الصلاة وأقوالها من قبل اللسان لا من قبل العمد وإما عند الشك في أفعال الصلاة فاما السجود الذي يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر في ستة فصول الفصل الاول في معرفة حكم السجود، الثاني في معرفة مواضعه من الصلاة ، الثالث في معرفة الجنس من الافعال والافعال التي يسجد لها ، الرابع في صفة سجود السهو ، الخامس في معرفة من يجب عليه سجود السهو ، السادس بماذا ينبيه المأموم الامام الساهي على سهوه .

﴿ الفصل الاول ﴾

اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض أو سنة فذهب الشافعي الى انه سنة، وذهب أبو حنيفة الى أنه فرض لكن من شرط صحة الصلاة، وفرق مالك بين السجود للسهو في الافعال وبين السجود للسهو في الاقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذي يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا في المشهور وعنه أن سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب . والسبب في اختلافهم اختلافهم في حمل افعاله عليه السلام في ذلك على الوجوب أو على الندب فاما أبو حنيفة فحمل افعاله عليه السلام في السجود على الوجوب اذ كان هو الاصل عندهم اذ جاء بيانا لواجب كما قال عليه السلام صلوا كما رأيتموني أصلي، وأما الشافعي فحمل افعاله في ذلك على الندب وأخرجها عن الاصل بالقياس وذلك أنه لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وإنما ينوب عن ندب رأى ان البديل عما ليس بواجب ليس هو بواجب، وأما مالك فتأكدت عنده الافعال أكثر من الاقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الاقوال أعني ان العروض التي هي أفعال هي أكثر من عروض الاقوال فكانه رأى ان الافعال أكد من الاقوال وان كان ليس ينوب سجود السهو الا عما كان منها ليس بفرض وتفرقه أيضا بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كانه استغفار لا بديل.

﴿ الفصل الثاني ﴾

اختلفوا في مواضع سجود السهو على خمسة أقوال فذهبت الشافعية الى أن سجود السهو موضعه أبدا قبل السلام، وذهبت الحنيفة الى أن موضعه أبدا بعد السلام، وفرقت المالكية فقالت ان كان السجود لنقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه

وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجود في غيره تلك المواضع يسجد له أبدا قبل السلام، وقال أهل الظاهر لا يسجد لله إلا في المواضع الخمسة التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك إن كان فرضا أتى به وإن كان ندبا فليس عليه شيء * والسبب في اختلافهم أنه عاين السلام ثبت عنه أنه يسجد قبل السلام ويسجد بعد السلام وذلك أنه ثبت من حديث ابن بريدة أنه قال: صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدة وهو جالس وثبت أيضا أنه يسجد بعد السلام في حديث ذي اليمين المتقدم إذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا القياس في سجود السهو أعني الذين رأوا تعدية الحكم في المواضع التي يسجد فيها عليه السلام إلى أشباهها في هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب أحدها مذهب الترجيح، والثاني مذهب الجمع، والثالث الجمع بين الجمع والترجيح. فمن رجح حديث ابن بريدة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبي سعيد الخدري الثابت أنه عليه السلام: قال إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدرك صلى أثلاثا ثم أربعا فليصل ركعة وليسجد سجدة وهو جالس قبل التسليم فإن كانت الركعة التي صلاها الخامسة شفعا بهاتين السجدة فإن كانت رابعة فالسجدة ثمان ترغيم للشيطان قالوا فيه السجود للزيادة قبل السلام لأنها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضا بما روى عن ابن شهاب أنه قال: كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام.

وأما من رجح حديث ذي اليمين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بأن حديث ابن بريدة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبه أنه عليه السلام: قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله في النقل فيعارض به واحتجوا أيضا لذلك بحديث ابن مسعود الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى خمسا منها ويسجد لله بعد السلام.

وأما من ذهب مذهب الجمع فاتهم قالوا إن هذه الأحاديث لا تتناقض وذلك أن السجود فيها بعد السلام إنما هو في الزيادة والسجود قبل السلام في النقصان فوجب أن يكون حكم السجود في سائر المواضع كما هو في هذا الموضع قالوا وهو أولى من حمل الأحاديث على التعارض.

وأما من ذهب مذهب الجمع والترحيل فقال يسجد في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن ذلك هو حكم تلك المواضع.

وأما المواضع التي لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها بالسجود قبل السلام فكانه قاس على المواضع التي سجد فيها عليه الصلاة والسلام قبل السلام ولم يقس على المواضع التي سجد فيها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي سجد فيها على ما سجد فيها فمن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغايرة الأحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة أنه عدى مفهوم بعضها دون بعض وألحق به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أغنى أنه قاس على السجود الذي قبل السلام ولم يقس على الذي بعده .

وأما من لم يفهم من هذه الأفعال حكماً خارجاً عنها وقصر حكمها على أنفسها وهم أهل الظاهر فاقصروا بالسجود على هذه المواضع فقط، وأما أحمد بن حنبل فجاء نظره مختلطاً من نظر أهل الظاهر ونظر أهل القياس وذلك أنه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التي ورد فيها الاثر ولم بعده وعدى السجود الذي ورد في المواضع التي قبل السلام ولكل واحد من هؤلاء أدلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أغنى لأصحاب القياس وليس قصدنا في هذا الكتاب في الأكثر ذكر الخلاف الذي يوجب للقياس كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها في الشرع إلا في الأقل وذلك إماماً من حيث هي مشهورة وأصل لغیرها وأما من حيث هي كثيرة الوقوع .

والمواضع الخمسة التي سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها أنه قام من اثنين على ماجاء في حديث ابن بريدة ، والثاني أنه سلم من اثنين على ماجاء في حديث ذي الدين ، والثالث أنه صلى خمساً على مافى حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخاري والرابع أنه سلم من ثلاث على مافى حديث عمران بن الحصين ، والخامس السجود عن الشك على ماجاء في حديث أبي سعيد الخدري وسيأتي بعد * واختلفوا لماذا يجب سجود السهو قليل يجب للزيادة والنقصان وهو الأشهر وقيل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعي .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما الأقوال والأفعال التي يسجد لها فإن القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو الزيادة وقعت في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على أن السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض ودون الرغائب فالرغائب لا شيء عندهم فيها أغنى إذا سها عنها في الصلاة ما لم يكن أكثر من رغبة واحدة مثل ما يرى مالك أنه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب من أكثر من واحدة وأما الفرائض فلا يجزى عنها إلا الأتيان بها وجبرها إذا كان السهو عنها

مما لا يوجب إعادة الصلاة بأسرها على ما تقدم فيما يوجب الاعادة وما يوجب القضاء أغنى على من ترك بعض أركان الصلاة. وأما سجود السهو للزيادة فإنه يقع عند الزيادة في الفرائض والسنن جميعا فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وإنما يختلفون من قبل اختلافهم فيما منها فرض أو ليس بفرض وفيما هو منها سنة أو ليس بسنة وفيما هو منها سنة أو رغبة مثال ذلك ان عند مالك ليس يسجد لترك القنوت لانه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعي لانه عنده سنة وليس يخفى عليك هذا مما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ما هو سنة أو فريضة أو رغبة وعند مالك وأصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة في الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة، وينبغي أن تعلم ان السنة والرغبة هي عندهم من باب الندب وإنما تختلفان عندهم بالاقل والاكثر أعني في تأكيد الامر بها وذلك راجع الى قرائن أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم في هذا الجنس كثيرا حتى ان بعضهم يرى ان في بعض السنن ما اذا تركت عمدا ان كانت فعلا أو فعلت عمدا ان كانت تركا ان حكمها حكم الواجب أغنى في تعلق الاتم بها وهذا موجود كثيرا لأصحاب مالك وكذلك تجددهم قد اتفقوا ما خلى أهل الظاهر على ان تارك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لو ترك انسان الوتر أو ركعتي الفجر دائما لكان مفسقا آثما فكأن العبادات بحسب هذا النظر منها ما هي فرض بعينها وجلسها مثل الصلوة الخمس ومنها ما هي سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتي الفجر وما أشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب ورغائب بعينها سنن بجنسها مثل ما حكينا عن مالك من ايجاب السجود لاكثر من تكبيرة واحدة أغنى للسهو عنها ولا نكون فيما أحسب عند هؤلاء سنة بعينها وجنسها.

وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هي سنن بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابي الذي سأله عن فروض الاسلام: أفلح ان صدق: دخل الجنة أن صدق وذلك بعد ان قال له والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه يعني الفرائض وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا فيها هل هي فرض أو سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام اذا سبغ به اليها أو ليس يرجع وان رجع فتي يرجع، فقال الجمهور يرجع مالم يستوقائما، وقال قوم يرجع مالم يعقد الركعة الثالثة. وقال قوم لا يرجع ان فارق الارض قيد شبر. واذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته.

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما صفة سجود السهو فاتهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك أن حكم سجدة السهو إذا كانت بعد السلام أن يتشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لأن السجود كله عنده بعد السلام وإذا كانت قبل السلام أن يتشهد لها فقط. وإن السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعي إذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقد روى عن مالك أنه لا يتشهد للتي قبل السلام وبه قال جماعة. قال أبو عمر أما السلام من التي بعد السلام فتأبى عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا أحفظه من وجه ثابت في سبب هذا الاختلاف هو اختلافهم في تصحيح ما ورد من ذلك في حديث ابن مسعود أعني من أنه عليه الصلاة والسلام تشهد ثم سلم وتشبيه سجدة السهو بالسجدة الثانية الأخيرة من الصلاة فمن شبهها بها لم يوجب لها التشهد وبخاصة إذا كانت في نفس الصلاة. وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء في هذه المسئلة على ستة أقوال فقال طائفة لا تشهد فيها ولا تسليم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم مقابل هذا وهو أن فيها تشهداً وتسليماً، وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسليم وبه قال الحكم وحماد والنخعي، وقال قول مقابل هذا وهو أن فيها تسليمًا وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين، والقول الخامس أن شاء تشهد وسلم وإن شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء، والسادس قول أحمد بن حنبل أنه أن سجد بعد السلام تشهد وإن سجد قبل السلام لم يتشهد وهو الذي حكيناه نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم كبر فيها أربع تكبيرات وأنه سلم وفي ثبوت تشهده فيها نظر.

﴿ الفصل الخامس ﴾

اتفقوا على أن سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا في المأموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور إلى أن الامام يحمل عنه السهو وشذ مكحول فألزمه السجود في خاصة نفسه في سبب اختلافهم باختلافهم فيه يحمل الامام من الاركان عن المأموم ومالا يحمله واتفقوا على أن الامام إذا سها ان المأموم يتبعه في سجود السهو وإن لم يتبعه في سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم إذا قاته مع الامام بعض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشافعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقال قوم يقضى ثم

يسجد وبه قال ابن سيرين واسحق. وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجدها معه وان سجد بعد التسليم سجدها بعد ان يقضى وبه قال مالك والليث والاوزاعي، وقال قوم يسجدان مع الامام ثم يسجدان ثانية بعد القضاء وبه قال الشافعي رحمهما وسبب اختلافهم اختلافهم أي أولى وأخلق أن يتبعه في السجود مصاحباً له أو في آخر صلاته فكانهم لتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام : إنما جعل الامام ليؤتم به وأختلفوا هل موضعها للمأموم هو موضع السجود أعني في آخر الصلاة أو موضعها هو وقت سجود الامام فمن أثر مقارنة فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأى ذلك شرطاً في الاتباع. أعني أن يكون فعلهما واحداً حقاً قال يسجد مع الامام وان لم يأت بها موضع السجود، ومن أثر موضع السجود قال يؤخرها الى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الأمرين أو جب عليه السجود مرتين وهو ضعيف.

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على ان السنة لمن سها في صلاته ان يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : مالي أراكم أكثرتم من التصفيق من نابه شيء في صلاته فليسبح فانه إذا سبح التفت اليه وإنما التصفيق للنساء واختلفوا في النساء فقال مالك وجاعة ان التسييح للرجال والنساء وقال الشافعي وجاعة للرجال التسييح وللنساء التصفيق رحمهما والسبب في اختلافهم اختلافهم في قوله عليه الصلاة والسلام وإنما التصفيق للنساء فمن ذهب الى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن ولا يسبحن. ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسييح سواء. وفيه ضعف لانه خروج عن الظاهر بغير دليل الا ان تقاس المرأة في ذلك على الرجل والمرأة كثير ما يخالف حكمها في الصلاة حكم الرجل ولذلك يضعف القياس. وأما سجود السهو الذي هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فيمن شك في صلاته فلم يدرك صلى أو احدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبنى على اليقين وهو الاقل ولا يجزئ التحري ويسجد سجدة في السهو وهو قول مالك والشافعي وداود، وقال أبو حنيفة ان كان أول أمره فسدت صلاته وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدة بعد السلام وقالت طائفة انه ليس عليه إذا شك لارجوع الى يقين ولا تحري وإنما عليه السجود فقط اذا شك رحمهما والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة في هذا الباب وذلك ان في هذا الباب ثلاثة آثار أحدها حديث البناء على اليقين وهو حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم : اذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وثنين على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل ان يسلم فان كان صلى خمسا شفعن له صلاته وان كان صلى اتماما لاربع كانتا ترغيبا للشيطان خرجه مسلم ، والثاني حديث ابن مسعود ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : اذا سها أحدكم في صلاته فليتحرك وليسجد سجدتين وفي رواية أخرى عنه فلينظر اخرى ذلك الى الصواب ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتي السهو ويتشهد ويسلم ، والثالث حديث أبي هريرة خرجه مالك والبخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان أحدكم اذا قام يصلي جاءه الشيطان فليس عليه حتى لا يدرى كم صلى فاذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس وفي هذا المعنى أيضا حديث عبد الله بن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدها ويسلم فذهب الناص في هذه الاحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت الى المعارض ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه الى الذى رجح ، ومنهم من جمع الامرين أعنى جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح الى معنى المرجح ، ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض .

فاما من ذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه الى المرجح فمالك بن أنس فانه حمل حديث أبي سعيد الخدري على الذى لم يستكحه الشك وحمل حديث أبي هريرة على الذى يغلب عليه الشك ويستكحه . وذلك من باب الجمع وتأويل حديث ابن مسعود على ان المراد بالتحرك هنالك هو الرجوع الى اليقين فأثبت على مذهبه الاحاديث كلها .

وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها واسقاط البعض وهو الترجيح من غير تأويل للمرجح عليه قابو حنيفة فانه قال ان حديث أبي سعيد الخدري على الذى لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذى عنده ظن غالب واسقط حكم حديث أبي هريرة وذلك انه قال ما في حديث أبي سعيد وابن مسعود زيادة والزيادة يجب قبولها والاخذ بها وهذا أيضا كانه ضرب من الجمع .

وأما الذى رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا انما عليه السجود فقط وذلك ان هؤلاء رجحوا حديث أبي هريرة وأسقطوا حديث أبي سعيد وابن مسعود وذلك كان أضعف الاقوال فهذا ما رأينا ان ثبتته في هذا القسم من قسمي كتاب الصلاة وهو القول في الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول في القسم الثانى من الصلاة الشرعية وهي الصلوات التى ليست فروض عين .

❦ كتاب الصلاة الثاني ❦

ولان الصلاة التي ليست بمفروضة على الاعيان منها ما هي سنة ومنها ما هي نفل ومنها ما هي فرض على الكفاية وكانت هذه الاحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه رأينا أن نفرّد القول في واحدة واحدة من هذه الصلوات وهي بالجملة عشر ركعتا الفجر ، والوتر ، والنفل ، وركعتا دخول المسجد ، والقيام في رمضان ، والكسوف ، والإستسقاء ، والعيدان ، وسجود القرآن فانه صلاة ما يشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة في باب أحكام الميت على ما جرت به عادة الفقهاء وهو الذي يترجمونه بكتاب الجنائز

❦ الباب الاول ❦

القول في الوتر ❦ واختلفوا في الوتر في خمسة مواضع منها في حكمه، ومنها في صفته، ومنها في وقته، ومنها في القنوت فيه، ومنها في صلاته على الراحة .
اما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة.

وأما صفته فان مالكا رحمه الله استحَب ان يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام، وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير ان يفصل بينها بسلام، وقال الشافعي الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الاقاويل سلف من الصحابة والتابعين ❦ والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب . وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة : أنه كان يصلي من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدركك فاوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان : يصلي ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء الا في آخرها وخرج أبو داود عن أبي أيوب الأنصاري أنه عليه الصلاة والسلام قال : الوتر حق على كل مسلم فمن أحب ان يوتر بخمس فليفعل ومن أحب أن يوتر بثلاث فليفعل ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعل وخرج أبو داود انه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة : يكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كانت يوتر بأربع وثلاث وست

وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن توتر بأنقص من سبع ولا بأكثر من
من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : المغرب
وتر صلاة النهار فذهب العلماء في هذه الأحاديث مذهب الترجيح فمن ذهب الى
أن التوتر ركعة واحدة فصيرا الى قوله عليه الصلاة والسلام : فإذا خشيتم الصبح
فأوتر بواحدة والى حديث عائشة انه كان يوتر بواحدة ومن ذهب الى أن التوتر ثلاث
من غير أن يفصل بينها وقصر حكم التوتر على الثلاث فقط فليس يضح له أن يحتاج بشيء
مما في هذا الباب لأنها كلها تقتضي التخيير ما عدى حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة
والسلام المغرب وتر صلاة النهار قالت لابي حنيفة أن يقول انه اذا شبه شيء
بشيء وجعل حكمها واحدا كان المشبه به أخرى أن يكون بتلك الصفة ولما شبهت
المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثا وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثا ، وأما مالك
فانه تمسك في هذا الباب بانه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط الا في أثر شفع فرأى
ان ذلك من سنة التوتر وان أقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة اما أن يكون ركعة
واحدة ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع وأما أن يرى ان التوتر المأمور به هو
يشتمل على شفع ووتر فانه اذا زيد على الشفع وتر صار الكل وترا ويشهد لهذا المذهب
حديث عبد الله بن قيس المتقدم فانه سمي التوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر
ويشهد لاعتقاده أن التوتر هو الركعة الواحدة انه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس
قبلها شيء وأى شيء يوتر له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم توتر له ما قد صلى
فان ظاهر هذا القول انه كان يرى ان التوتر الشرعي هو العدد التوتر بنفسه أغنى الغير
مركب من الشفع والتوتر وذلك ان هذا هو وتر لغير ولهذا التأويل عليه أولى والحق
في هذا ان ظاهر هذه الأحاديث يقتضي التخيير في صفة التوتر من الواحدة الى التسع
على ما زوى ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر انما هو في هل من شرط
التوتر أن يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبه أن يقال ذلك من شرطه لانه
هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبه ان يقال ليس ذلك من شرطه لانه
مسلم قد خرج انه عليه الصلاة والسلام كان اذا انتهى الى التوتر أيقظ عائشة فأوترت
وظاهره انها كانت توتر دون أن تقدم على وترها شفعاً وإيضافه قد خرج من طريق عائشة
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا
يسلم الا في التاسعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك إحدى عشرة ركعة فلما أسن وأخذ
اللهحم أوتر بسبع ركعات لم يجلس الا في السادسة والسابعة ولم يسلم الا في السابعة ثم
يصلي ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث التوتر فيه متقدم على الشفع فيه

حجة على انه ليس من شرط الوتر ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن
الحجة في ذلك ما روى أبو داود عن أبي بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم :
يوتر بسبح اسم ربك الاعلى وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله
وقالت في الثالثة بقل هو الله أحد والمعوذتين .

واما وقته فان العلماء انفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع
الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة والسلام ومن أثبت ما في
ذلك ماخرجه مسلم عن أبي نضرة العوفي ان أبا سعيد أخبرهم أنهم سألوا
النبي صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال الوتر قبل الصبح ثم واختلفوا في جواز
صلاته بعد الفجر فقوم منعوا ذلك، وقوم أجازوه ما لم يصل الصبح وبالقول الاول
قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وسفيان الثوري وبالثاني قال مالك
والشافعي وأحمد ثم وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك للآثار وذلك
ان ظاهر الآثار الواردة في ذلك أن لا يجوز أن يصلى بعد الصبح كحديث أبي
لضرة المتقدم وحديث أبي حذيفة العدوي نص في هذا خرجه أبو داود وفيه جعلها
لكم ما بين صلاة العشاء الى ان يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الاصول ان ما بعد
الى بخلاف ما قبلها اذا كانت غاية وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من
أنواع المتفق عليها مثل قوله (وأتموا الصيام الى الليل) وقوله الى المرفقين لا خلاف
بين العلماء ان ما بعد الغاية بخلاف الغاية . وأما العمل المخالف في ذلك للآثار فانه
روى عن ابن مسعود وابن عباس وعبادة بن الصامت وحذيفة وأبي الدرداء وعائشة
انهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو عن غيرهم من الصحابة
خلاف هذا وقد رأى قوم ان مثل هذا هو داخل في باب الاجماع ولا معنى لهذا فانه
ليس ينسب الى ساكت قول قائل أعنى انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف له قول في
المسئلة . وأما هذه المسئلة فكيف يصح ان يقال انه لم يرو في ذلك خلاف عن الصحابة وأي
خلاف أعظم من خلاف الصحابة الذين رأوا هذه الاحاديث أعنى خلافهم لهؤلاء الذين
أجازوا صلاة الوتر بعد الفجر . والذي عندي في هذا ان هذا من فعلهم ليس
مخالفا للآثار الواردة في ذلك أعنى في اجازتهم الوتر بعد الفجر بل اجازتهم ذلك هو من
باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاته بعد الفجر
من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم في هل
القضاء في العبادة المؤقتة يحتاج الى أمر جديد أم لا أعنى غير أمر الاداء وهذا التأويل
بهم أليق فان أكثر ما نقل عنهم هذا المذهب من انهم أبصروا يقضون الوتر قبل الصلاة وبعد

الفجر وان كان الذي نقل عن ابن مسعود في ذلك قول أعني انه كان يقول ان وقت الوتر من بعد العشاء آخره الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان يظن بجميع من ذكرناه من الصحابة انه يذهب هذا المذهب من قبل انه ابصر يصلي الوتر بعد الفجر فينبغي ان تتأمل صفة النقل في ذلك عنهم. وقد حكى ابن المنذر في وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان المشهوران اللذان ذكرتهما والقول الثالث انه يصلي الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاوس والرابع انه يصليها وان طلعت الشمس وبه قال أبو ثور والاوزاعي؛ والخامس انه يوتر من الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير. وهذا الاختلاف إنما سببه اختلافهم في تأكيده وقربه من درجة الفرض فمن رآه أقرب أوجب القضاء في زمان أبعد من الزمان المختص به ومن رآه أبعد أوجب القضاء في زمان أقرب ومن رآه سنة كسائر السنن ضمف عنده القضاء اذا القضاء إنما يجب في الواجبات وعلى هذا يجب اختلافهم في قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغي الا يفرق في هذا بين الندب والواجب أعني ان من رأى ان القضاء في الواجب يكون بامر متجدد ان يستقدم مثل ذلك في الندب ومن رأى انه يجب بالامر الاول ان يستقدم مثل ذلك في الندب. وأما اختلافهم في القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى انه يقنت فيه ومنعه مالك وأجازة الشافعي في أحد قوليه في النصف الآخر من رمضان وأجازة قوم في النصف الاول من رمضان وقوم في رمضان كله والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا وروى عنه القنوت شهرا وروى عنه ان آخر أمره لم يكن يقنت في شيء من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدمت هذه المسئلة .

وأما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام أعني انه كان يؤثر على الراحلة وهو ما يعتمدونه في الحجة على انها ليست بفرض اذ كان قد صح عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه انه صلى قط مفروضة على الراحلة وأما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصل على الراحلة، واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من ذلك ان لا تصل على الراحلة وردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء الى أن المرء اذا أوتر ثم نام فقام يتنفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وتران في ليلة خرج ذلك أبو داود؛ وذهب بعضهم الى أنه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية ويوتر أخرى بعد التنفل شفعاً وهي المسئلة التي يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف من وجهين ، احدهما ان الوتر ليس ينقلب الى النفل بتشفيعه ، والثاني ان التنفل بواحدة غير معروف من الشرع وتجوز هذا ولا تجوز هو سبب الخلاف في ذلك

فمن راعى من الوتر المعنى المقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شفعاً إذا أضيف إليه ركعة ثانية ومن راعى منه المعنى الشرعى قال ليس ينقلب شفعاً لأن الشفع نقل والوتر سنة مؤكدة أو واجبة.

﴿ الباب الثانى فى ركعتى الفجر ﴾

واتفقوا على أن ركعتى الفجر سنة لما هدته عليه الصلاة والسلام على فعلها أكثر منه على سائر النوافل ولترغيبه فيها ولأنه قضاها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلفوا من ذلك فى مسائل ؛ أحداها فى المستحب من القراءة فيها فعند مالك المستحب أن يقرأ فيهما بام القرآن فقط، وقال الشافعى لا بأس أن يقرأ فيهما بام القرآن مع سورة قصيرة، وقال أبو حنيفة لا توقيف فيهما فى القراءة يستحب وأنه يجوز أن يقرأ فيهما المرء حزبه من الليل ^١ والسبب فى اختلافهم اختلاف قراءته عليه الصلاة والسلام فى هذه الصلاة واختلافهم فى تعيين القراءة فى الصلاة وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام : أنه كان يخفف ركعتى الفجر على ما روته عائشة قالت حتى أنى أقول أقرأ فيهما بام القرآن أم لا فظاهر هذا أنه كان يقرأ فيهما بام القرآن فقط وروى عنه من طريق أبى هريرة خروجه أبو داود أنه كان يقرأ فيهما بقل هو الله أحد وقل يا أيها الكافرون فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة أم القرآن فقط، ومن ذهب مذهب الحديث الثانى اختار أم القرآن وسورة قصيرة، ومن كان على أصله فى أنه لا تعيين القراءة فى الصلاة لقوله تعالى (فاقروا ما ينسر منه) قال يقرأ فيهما ما أحب. والثانية فى صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعى وأكثر العلماء إلى أن المستحب فيهما هو الأسرار وذهب قوم إلى أن المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم فى ذلك بين الأسرار والجهر ^٢ والسبب فى ذلك تعارض مفهوم الآثار وذلك أن حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره أنه عليه الصلاة والسلام : يقرأ فيهما سرا ولو لا ذلك لم تشك عائشة هل قرأ فيهما بام القرآن أم لا وظاهر ما روى أبو هريرة أنه كان يقرأ فيهما بقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد أن قراءته عليه السلام فيهما كانت جهراً ولو لا ذلك ما علم أبو هريرة ما كان يقرأ فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثرين قال أما باختيار الجهر أن رجح حديث أبى هريرة وأما باختيار الأسرار أن رجح حديث عائشة ، ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير.

والثالثة فى الذى لم يحصل ركعتى الفجر وأدرك الإمام فى الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما فاقبمت الصلاة فقال مالك إذا كان قد دخل المسجد فاقبمت الصلاة فإلى دخل مع الإمام فى الصلاة ولا يركعهما فى المسجد والإمام يصلى الفرض وإن كان لم يدخل

المسجد فإن لم يخف أن يفوته الإمام بركعة فليركعها خارج المسجد وإن خاف فوات الركعة فليدخل مع الإمام ثم يصليهما إذا طلعت الشمس، ووافق أبو حنيفة مالك في الفرق بين أن يدخل المسجد أولا يدخله وخالفه في الحد في ذلك فقال يركعها خارج المسجد ما ظن أنه يدرك ركعة من الصبح مع الإمام، وقال الشافعي إذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعها أصلا لا داخل المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر أن قوما جوزوا ركوعها في المسجد والإمام يصلي وهو شاذ في السبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حل هذا على عمومته لم يحز صلاة ركعتي الفجر إذا أقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ومن قصره على المسجد فقط أجاز ذلك خارج المسجد ما لم تفته الفريضة أو لم يفته منها جزء، ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عنده في النهي إنما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة، ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده إنما هو أن تكون صلاتان معا في موضع واحد لمكان الاختلاف على الإمام كما روى عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن أنه قال سمع قوم الإقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أصلاتان معا أصلاتان معا قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وإنما اختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يراعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم في القدر الذي به يفوت فضل صلاة الجماعة المشتغل بركعتي الفجر إذا كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل من ركعتي الفجر فمن رأى أنه بفوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها ما لم تفته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى أنه يدرك الفضل إذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة أى قد أدرك فضلها وحمل ذلك على عمومه في نارك ذلك قصدا أو بغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن أنه يدرك ركعة منها، ومالك إنما حمل هذا الحديث والله أعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها ولذلك رأى أنه إذا فاتته منها ركعة فقد فاتته فضلها وأما من أجاز ركعتي الفجر في المسجد والصلاة تقام فالسبب في ذلك أحد أمرين ، أما أنه لم يصح عنده هذا الاثر ؛ أو لم يبلغه قال أبو بكر بن المنذر هو أثر ثابت أعنى قوله عليه الصلاة والسلام : إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر وإجازة ذلك تروى عن ابن مسعود، والرابعة في وقت قضائها إذا فاتت حتى صلى الصبح فإن طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاء وابن جريج، وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعلها لها متسعا فقال يقضيها من لدن طلوع الشمس.

الى وقت الزوال ولا يقضيها بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالقضاء منهم من استحب ذلك ومنهم من خير فيه. والاصل في قضائها صلاته لها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

الْبَابُ الثَّالِثُ فِي النَوَافِلِ

واختلفوا في النوافل هل تثي أو تربيع أو ثلث فقال مالك والشافعي صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم في كل ركعتين وقال أبو حنيفة ان شاء ثي أو ثلث أو رباع أو سدس أو ثمن دون ان يفصل بينهما بسلام، وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار أربع أربع والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب وذلك انه ورد في هذا الباب من حديث ابن عمر ان رجلا سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال : صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشي أحدهم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه الصلاة والسلام : انه كان يصلي قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعد المغرب ركعتين وبعد الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن أخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وثبت أيضاً من حديث عائشة انها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي اربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي اربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثاً قالت فقلت يا رسول الله : أتتأتم قبل ان توتر قال يا عائشة إن عيني تمانان ولا ينام قاي وثبت عنه أيضاً من طريق أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام : من كان يصلي بعد الجمعة فليصل أربعاً وروى الاسود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي من الليل تسع ركعات فلما أسن صلى سبع ركعات فمن أخذ أيضاً بظاهر هذه الأحاديث جوز التنفل بالاربع والثلاث دون أن يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لا يتنفل بواحدة وأحسب ان فيه خلافاً شاذاً.

الْبَابُ الرَّابِعُ

في ركعتي دخول المسجد والجمهور على أن ركعتي دخول المسجد مندوب اليه من غير إيجاب، وذهب أهل الظاهر الى وجوبها وسبب الخلاف في ذلك هل الامر في قوله عايه الصلاة والسلام : اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب أو على الوجوب فان الحديث متفق على صحته فمن تمسك في ذلك بما اتفق عليه الجمهور

من ان الاصل هو حمل الاوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم ينقذ عنه دليل ينقل الحكم من الوجوب الى الندب قال الركعتان واجبتان؛ ومن انقذ عنه دليل على حمل الاوامر ههنا على الندب أو كان الاصل عنده في الاوامر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فان هذا قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين. لكن الجمهور إنما ذهبوا الى حمل الامر ههنا على الندب لمكان التعارض الذي بينه وبين الاحاديث التي تقتضي بظاهرها أو بنصها ان لا صلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التي ذكرناها في صدر هذا الكتاب مثل حديث الاعرابي وغيره وذلك انه ان حمل الامر ههنا على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثر من خمس ولن أوجبها أن الوجوب ههنا إنما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقا كالامر بالصلوات المفروضة وللقهاء ان تقيدها بجورها بالمكان شبيه بتقيدها بجورها بالزمان ولاهل الظاهر ان المكان المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة. واختلف العلماء من هذا الباب فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتي الفجر في بيته هل يركع عند دخوله المسجد أم لا فقال الشافعي يركع وهي رواية أشهب عن مالك وقال ابو حنيفة لا يركع وهي رواية ابن القاسم عن مالك. وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح فههنا عمومان وخصوصان؛ أحدهما في الزمان؛ والآخر في الصلاة وذلك أن حديث الامر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي عن الصلاة بعد الفجر الا ركعتي الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب ذلك وقد قلنا ان مثل هذا التعارض اذا وقع فليس يجب أن يصار الى أحد التخصيصين الا بدليل وحديث النهي لا يعارض به حديث الامر الثابت والله أعلم فان ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر.

﴿ الباب الخامس ﴾

وأجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغّب فيه أكثر من سائر الأشهر لقوله عليه الصلاة والسلام: من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه وان التراويح التي جمع عليها عمر بن الخطاب الناس مرغّب فيها وان كانوا اختلفوا أي أفضل أهي أو الصلاة آخر الليل أغنى التي كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور

على ان الصلاة آخر الليل أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام : أفضل الصلاة صلاتكم في بيوتكم الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتي تنامون عنها أفضل من واختلفوا في المختار من عدد الركعات التي يقوم بها الناس في رمضان فاختار مالك في أحد قوله وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك أنه كان يستحسن ستاً وثلاثين ركعة والوتر ثلاث ركعات وسبب اختلافهم اختلاف النقل في ذلك وذلك أن مالكاً روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون في زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن أبي شيبة عن داود بن قيس قال أدركت الناس بالمدينة في زمان عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان يصلون ستاً وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك انه الأمر القديم يعني القيام بست وثلاثين ركعة .

﴿ الباب السادس في صلاة الكسوف ﴾

اتفقوا على أن صلاة كسوف الشمس سنة وانها في جماعة ، واختلفوا في صفتها وفي صفة القراءة فيها وفي الاوقات التي تجوز فيها وهل من شروطها الخطبة أم لا وهل كسوف القمر في ذلك ككسوف الشمس ففي ذلك خمس مسائل أصول في هذا الباب .
(المسئلة الاولى) ذهب مالك والشافعي وجهور أهل الجواز وأحمد أن صلاة الكسوف ركعتان في كل ركعة ركوعان ، وذهب أبو حنيفة والكوفيون الى أن صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار الواردة في هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها وذلك انه ثبت من حديث عائشة أنها قالت خسفت الشمس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم قام فأطال القيام وهو دون القيام الأول ثم ركع فأطال الركوع وهو دون الركوع الأول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل في الركعة الآخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلت الشمس ولما ثبت أيضاً من هذه الصفة في حديث ابن عباس أعني من ركوعين في ركعة قال أبو عمر هذان الحديثان من أصح ما روى في هذا الباب فمن أخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرها من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان في ركعة وورد أيضاً من حديث أبي بكر بن وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير انه صلى في الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال أبو عمر بن عبد البر وهي كلها آثا ومشهورة صحاح ومن أحسنها حديث أبي قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول

الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف نحو صلاتكم يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس فمن رجح هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس أغنى موافقتها سائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضي خرج مسلم حديث سمرة قال أبو عمر وبالجملته فأنما صار كل فريق منهم الى ما روى عن سلفه ولذلك رأى بعض أهل العلم ان هذا كله على التخيير ومن قال بذلك الطبري ، قال القاضي وهو الاولى فان الجمع أولى من الترجيح قال أبو عمر وقد روى في صلاة الكسوف عشر ركعات في ركعتين وثمان ركعات في ركعتين وست ركعات في ركعتين وأربع ركعات في ركعتين لكن من طرق ضعيفة . قال أبو بكر بن المنذر وقال اسحاق بن راهويه كل ما ورد من ذلك فهو تالف غير مختلف لان الاعتبار في ذلك لتجلى الكسوف فالزيادة في الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلى في الكسوفات التي صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد انه كان يرى أن المصلي ينظر الى الشمس إذا رفع رأسه من الركوع فان كانت قد تجلت سجد وأضاف اليها ركعة ثانية وان كانت لم تجل ركع في الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر الى الشمس فان كانت تجلت سجد وأضاف اليها ثانية وان كانت لم تجل ركع ثالثة في الركعة الاولى وهكذا حتى تجلى وكان اسحق بن راهويه يقول لا يتعدى بذلك أربع ركعات في ركعة لانه لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك وقال أبو بكر بن المنذر وكان بعض أصحابنا يقول الاختيار في صلاة الكسوف ثابت والخييار في ذلك للمصلي ان شاء في كل ركعة ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء أربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على ان النبي عليه الصلاة والسلام صلى في كسوفات كثيرة . قال القاضي هذا الذي ذكره هو الذي خرج مسلم ولا أدري كيف قال أبو عمر فيها انها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات في ركعتين فأنما أخرجه أبو داود فقط .

(المسئلة الثانية) واختلفوا في القراءة فيها فذهب مالك والشافعي الى أن القراءة فيها سر ؛ وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد واسحاق وابن راهويه يجهر بالقراءة فيها ؛ والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك بمفهومها وبصيغها وذلك أن مفهوم حديث ابن عباس الثابت انه قرأ سرا لقوله فيه عنه عليه الصلاة والسلام فقام قياما نحرأ من سورة البقرة وقد روى هذا المعنى نصاً عنه أنه قال تمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعت منه حرفاً وقد روى أيضاً من طريق ابن اسحاق عن عائشة في صلاة الكسوف انها قالت تحريت قراءته فحررت انه قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الاحاديث قال القراءة فيها سر ولمكان ما جاء في هذه الآثار استحباب مالك والشافعي ان يقرأ في الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفي

الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفي كل واحدة أم القرآن ورجحوا أيضا مذهبهم هذا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : صلاة النهار عجباء ووردت هنا أيضا أحاديث مخالفة لهذه فمنها أنه روى أنه عليه الصلاة والسلام : قرأ في إحدى الركعتين من صلاة الكسوف بالنجم ومفهوم هذا أنه جهر وكان أحمد واسحق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام : جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال أبو عمر سفيان بن الحسن ليس بالقوى وقال وقد تابعه علي ذلك عن الزهري عبد الرحمن بن سليمان بن كثير وكلهم ليس في الحديث الزهري مع أن حديث ابن اسحاق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء أيضا لمذهبهم بالقياس الشبهى فقالوا صلاة سنة تفعل في جماعة نهارا فوجب أن يجهر فيها أصله العيدان والاستسقاء وخير في ذلك كله الطبرى وهي طريقة الجمع وقد قلنا انها أولى من طريقة الترجيح اذا أمكنت ولا خلاف في هذا أعلمه بين الأصوليين .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا في الوقت الذى تصلى فيه فقال الشافعى تصلى في جميع الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وغير المنهى، وقال أبو حنيفة لا تصلى في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها، وأما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا في الوقت الذى تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنها أن تصلى حتى الى الزوال ^٢ وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في جنس الصلاة التى لا تصلى في الاوقات المنهى عنها فمن رأى أن تلك الاوقات تختص بجميع اجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها، ومن رأى أن تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده في الكسوف سنة أجاز ذلك، ومن رأى أيضا انها من النفل لم يجزها في أوقات النهى وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبيها بصلاة العيد .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا أيضا هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعى الى أن ذلك من شرطها، وذهب مالك وأبو حنيفة الى أنه لا خطبة في صلاة الكسوف ^٣ والسبب في اختلافهم اختلافهم في الملة التى من أجلها خطب رسول الله الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما في حديث عائشة وذلك أنها روت أنه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله وأتى عليه ثم قال : ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا يحيان له الحديث فزعم الشافعى أنه انما خطب لان سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة العيدين والاستسقاء، وزعم بعض من قال بقول أولئك ان

خطبة النبي عليه الصلاة والسلام إنما كانت يومئذ لأن الناس زعموا أن الشمس إنما كسفت لموت إبراهيم ابنه عليه السلام.

(المسئلة الخامسة) واختافوا في كسوف القمر فذهب الشافعي الى انه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى في كسوف الشمس وبه قال أحمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا يصلى له في جماعة واستحبوا أن يصلى الناس له اذا ركعتين كسائر الصلوات النافلة * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : أن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا خرج البخاري ومسلم فمن فهم ههنا من الامر بالصلاة فيهما معنى واحداً وهي الصفة التي فعلها في كسوف الشمس رأى الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفاً لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه صلى في كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم من ذلك أقل ما ينطلق عليه اسم صلاة في الشرع وهي النافلة فذاً وكان قائل هذا القول يرى أن الأصل هو ان يحمل اسم الصلاة في الشرع اذا ورد الامر بها على أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الشرع إلا ان يدل الدليل على غير ذلك فلما دل فعله عليه الصلاة والسلام في كسوف الشمس على غير ذلك بقي المفهوم في كسوف القمر على أصله والشافعي يجعل فعله في كسوف الشمس بياناً لمجمل ما أمر به من الصلاة فيهما فوجب الوقوف عند ذلك، وزعم أبو عمر بن عبد البر انه روى عن ابن عباس وعثمان انهما صليا في القمر في جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعي. وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والرياح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياساً على كسوف القمر والشمس لتصه عليه الصلاة والسلام على العلة في ذلك وهو كونها آية وهو من أقوى أجناس القياس عندهم لانه قياس العلة التي نص عليها لكن لم ير هذا مالك ولا الشافعي ولا جماعة من أهل العلم، وقال أبو حنيفة ان صلى للزلزلة فقد أحسن والا فلا حرج وروى ابن عباس انه صلى له مثل صلاة الكسوف .

(الباب السابع في صلاة الاستسقاء)

أجمع العلماء على أن الخروج الى الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء الى الله تعالى والتضرع اليه في نزول المطر سنة منها رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الصلاة في الاستسقاء فالجمهور على أن ذلك من سنة الخروج الى الاستسقاء

الا أبا حنيفة فإنه قال ليس من سنة الصلاة ^{في} وسبب الخلاف أنه ورد في بعض الآثار أنه استسقى وصلى وفي بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ما ورد في أنه صلى وبه أخذ الجمهور حديث عباد بن تميم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر فيها بالقراءة ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرجه البخاري ومسلم، وأما الأحاديث التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فتنها حديث أنس بن مالك خرجه مسلم أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هلكت الموائش وتقطعت السبل فادع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فطارنا من الجمعة إلى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازني وفيه أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الأثر أن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب أعني أنه خرج إلى المصلى فاستسقى ولم يصل، والحجة بالجمهور أنه من لم يذكر شيئا فليس هو بحجة على من ذكره والذي يدل عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس عندي فيه شيء أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء إذ قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر لأنها ليست من سنته كما ذهب إليه أبو حنيفة وأجمع القائلون بأن الصلاة من سنته على أن الخطبة أيضا من سنته لورود ذلك في الأثر قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب، واختلفوا هل هي قبل الصلاة أو بعدها لاختلاف الآثار في ذلك فرأى قوم أنها بعد الصلاة قياسا على صلاة العيدين وبه قال الشافعي ومالك؛ وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه نأخذ . قال القاضي وقد خرج ذلك أبو داود من طرق ومن ذكر الخطبة قائما ذكرها في علمي قبل الصلاة وانفقوا على أن القراءة فيها جهرًا ^{في} واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات وذهب الشافعي إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في العيدين ^{في} وسبب الخلاف اختلافهم في قياسها على صلاة العيدين وقد احتج الشافعي لمذهبه في ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : صلى فيها ركعتين كما يصل في العيدين وانفقوا على أن من سادتها أن يستقبل الإمام القبلة واقفا ويدعو ويحول رداءه رافعا يديه على ما جاء في الآثار ^{في} واختلفوا في كيفية ذلك وهي يفعل ذلك فأما كيف ذلك فالجمهور على أنه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه، وقال الشافعي بل يجعل أعلاه أسفله وما على يمينه منه على يساره .

وما على يساره على يمينه * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم : خرج إلى المصلى يستسقى فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفي بعض رواياته قلت أجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم أجعل أعلاه أسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء أيضا في حديث عبد الله هذا أنه قال استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خيمته سوداء فاراد أن يأخذ بأسفلها فيجعله أعلاها فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه . وأما متى يفعل الإمام ذلك فإن مالك والشافعي قالا يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة ، وقال أبو يوسف يحول رداءه إذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك أيضا عن مالك وكلهم يقول أنه إذا حول الإمام رداءه قائم حول الناس ارديتهم جلوسا لقوله عليه الصلاة والسلام إنما جعل الإمام ليؤتم به إلا محمد بن الحسن والليث بن سعد وبعض أصحاب مالك فإن الناس عندهم لا يحولون ارديتهم بتحويل الإمام لأنه لم ينقل ذلك في صلته عليه الصلاة والسلام بهم وجماعة العلماء على أن الخروج لها وقت الخروج إلى صلاة العيدين إلا أبابكر بن محمد بن حزم فإنه قال إن الخروج إليها عند الزوال وروى أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم . خرج إلى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس .

﴿ الباب الثامن في صلاة العيدين ﴾

أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنهما بلا أذان ولا إقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما أحدث من ذلك معاوية في أصح الأقاويل قاله أبو عمر . وكذلك أجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما روى عن عثمان بن عفان أنه أخر الصلاة وقدم الخطبة لثلاثي فرق الناس قبل الخطبة وأجمعوا أيضا على أنه لا توقيت في القراءة في العيدين وأكثرهم استحباب أن يقرأ في الأولى بسم الله وفي الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واستحباب الشافعي القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام * واختلفوا من ذلك في مسائل أشهرها اختلافهم في التكبير وذلك أنه حكى في ذلك أبو بكر بن المنذر نحو من اثني عشر قولاً إلا أنا نذكر من ذلك المشهور الذي يستند إلى صحابي أو سماع (فنقول) ذهب مالك إلى أن التكبير في الأولى من ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الإحرام قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال الشافعي في الأولى ثمانية وفي الثانية

ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال أبو حنيفة يكبر في الأولى ثلاثا بعد تكبيرة
 الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم يكبر رادعا ولا يرفع يديه فإذا
 قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه. وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات
 يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه؛ وقال قوم فيها تسع في كل ركعة وهو مروى
 عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال النخعي رحمهم الله
 وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن الصحابة فذهب مالك رحمه الله
 إلى ما رواه عن ابن عمر أنه قال شهدت الأضحى والفطر مع أبي هريرة فكبر في الأولى
 سبع تكبيرات قبل القراءة وفي الآخرة خمسا قبل القراءة ولأن العمل عنده بالمدينة كان
 على هذا وهذا الاثر بعينه أخذ الشافعي لأنه تأول في السبع أنه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما
 ليس في الخمس تكبيرة القيام ويشبه أن يكون مالك إنما أصاره أن بعد تكبيرة الاحرام
 في السبع وبعد تكبيرة القيام زائدا على الخمس المروية أن العمل الفاء على ذلك
 فكانه عنده وجه من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرج أبو داود معنى حديث أبي
 هريرة مرفوعا عن عائشة وعن عمرو بن العاصي وروى أنه سئل أبو موسى الأشعري
 وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الأضحى والفطر
 فقال أبو موسى كان يكبر أربعا على الجناز فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى
 كذلك كنت أكبر في البصرة حين كنت عليهم؛ وقال قوم بهذا، وأما أبو حنيفة وسائر
 الكوفيين فأنهم اعتمدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك أنه ثبت عنه أنه كان يعلمهم صلاة
 العيدين على الصفة المتقدمة وإنما صار الجميع إلى الأخذ بأقوال الصحابة في هذه
 المسئلة لأنه لم يثبت فيها عن النبي عليه الصلاة والسلام شيء ومعلوم أن فعل الصحابة
 في ذلك هو توقيف إذ لا مدخل للقياس في ذلك. وكذلك اختلفوا في رفع اليدين عند
 كل تكبيرة فمنهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعي، ومنهم من لم ير الرفع الا في الاستفتاح
 فقط ومنهم من خير ✽ واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد أعني وجوب السنة
 فقالت طائفة يصلونها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال
 الشافعي أنه يصلونها أهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في بيتها، وقال أبو حنيفة
 وأصحابه إنما تجب صلاة الجمعة والعيدين على أهل الامصار والمدائن وروى عن علي
 أنه قال : لا الجمعة ولا التشريق الا في مصر جامع وروى عن الزهري أنه قال : لا
 صلاة فطر ولا أضحى على مسافر ✽ والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها
 على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رأى
 أن الأصل هو أن كل مكان مخاطب بها حتى يثبت استثناءه من الخطاب. قال القاضي

قد فرقت السنة بين الحكم للنساء في العيدين والجمعة وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيدين ولم يأمر بذلك في الجمعة. وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه المجيء اليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من الثلاثة الاميال الى مسيرة اليوم التام. واتفقوا على أن وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فيمن لم يأتيهم علم بانه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من الغدوبه قال مالك والشافعي وأبو ثور، وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيدوبه قال الاوزاعي وأحمد وإسحق قال أبو بكر بن المنذر وبه نقول لحديث رويناه عن النبي عليه الصلاة والسلام : أنه أمرهم أن يفطروا فإذا أصبحوا أن يعودوا الى مصلاهم . قال القاضي خرجه أبو داود الا أنه عن صحابي مجهول ولكن الاصل فيهم رضى الله عنهم حملهم على العدالة. واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يجزى العيد عن الجمعة فقال قوم يجزى العيد عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير وعلى، وقال قوم هذه رخصة لاهل البوادي الذين يردون الامصار للعيد والجمعة خاصة كما روى عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من أحب من اهل العمالية أن ينتظر الجمعة فلينتظروا من أحب أن يرجع فليرجع رواه مالك في الموطأ وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعي، وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالكف مخاطب بهما جميعا العيد على أنه سنة والجمعة على أنها فرض ولا ينوب أحدهما عن الآخر وهذا هو الاصل الا أن ثبت في ذلك: شرع يجب المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلانه رأى أن مثل هذا ليس هو بالرأى وإنما هو توقيف وليس هو بخارج عن الاصول كل الخروج.

وأما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي هي بدلها لكان صلاة العيد فخارج عن الاصول جدا اى أن يثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه ثم اختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلى أربعاً وبه قال أحمد والثوري وهو مروى عن ابن مسعود؛ وقال قوم بل يقتصها على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره وبه قال الشافعي وأبو ثور، وقال قوم بل ركعتين فقط لا يجهر فيهما ولا يكبر تكبير العيد، وقال قوم ان صلى الامام في المصلى صلى ركعتين وان صلى في غير المصلى صلى أربع ركعات، وقال قوم لا قضاء عليه أصلاً وهو قول مالك وأصحابه وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي فن قال أربعاً شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاهما الامام فمضوا الى أن الاصل هو أن القضاء يجب أن يكون على صفة الاداء ومن منع القضاء فلانه رأى انها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها.

ركعتين ولا أربعا اذ ليست هي بدلا من شيء وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعنى قول الشافعى وقول مالك. وأما سائر الافاويل في ذلك فضعيف لامعنى له لان صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلا من شيء فكيف يجب أن تقاس احدهما على الاخرى في القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هي أداء لانه اذا فاته البدل وجبت هي والله الموفق للصواب واختلافوا في التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على انه لا يتنفل لا قبلها ولا بعدها وهو مروى عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال أحمد؛ وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب أنس وعروة وبه قال الشافعى؛ وفيه قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري والاوزاعي وأبرخينة وهو مروى أيضا عن ابن مسعود، وفرق قوم بين أن تكون الصلاة في المصلى أو في المسجد وهو مشهور مذهب مالك بسبب اختلافهم انه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر أو يوم أضحي فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدها وقال عليه الصلاة والسلام اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين. وترددها أيضا من حيث هي مشروعة بين أن يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة أولا يكون ذلك حكمها فمن رأى أن ترك الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلى لم يستحب تنفلا لا قبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في الصلاة قبلها اذا صليت في المسجد ليكون دليل الفعل معارضا في ذلك القول أعنى انه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصلى صلاة العيد يستحب له ان لا يركع تشبها بفعله عليه الصلاة والسلام ومن رأى ان ذلك من باب الرخصة ورأى ان اسم المسجد ينطلق على المصلى ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحباب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا وروى قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لا من باب المنذوب ولا من باب المكروه وهو أقل اشتباها ان لم يتناول اسم المسجد المصلى واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى (ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم) فقال جمهور العلماء يكبر عند الغدو الى الصلاة وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك واحمد واسحق وأبو ثور، وقال قوم يكبر من ليلة الفطر اذا رأوا الهلال حتى يغدوا الى المصلى وحتى يخرج الامام وكذلك في ليلة الاضحي عندهم ان لم يكن حاجا وروى عن ابن عباس انكار التكبير جملة الا اذا كبر الامام واتفقوا أيضا على التكبير في

أدبار الصلوات أيام الحج . واختلفوا في توقيت ذلك اختلافاً كثيراً فقال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق وبه قال سفيان وأحمد وأبو ثور ، وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر إلى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وهو قول مالك والشافعي ، وقال الزهري ، مضت السنة أن يكبر الإمام الامصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر إلى العصر من آخر أيام التشريق وبالجملة فالخلاف في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة أقوال ^١ وسبب اختلافهم في ذلك هو أنه نقلت بالعمل ولم ينقل في ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة في ذلك اختلف من بعده ، والاصل في هذا الباب قوله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات) فهذا الخطاب وإن كان المقصود به أولاً أهل الحج فإن الجمهور راوا أنه يوم أهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وإن كان اختلفوا في التوقيت في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على التخيير لانهم كلهم أجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه ، وقال قوم التكبير دبر الصلوات في هذه الايام إنما هو لمن صلى في جماعة . وكذلك اختلفوا في صفة التكبير في هذه الايام فقال مالك والشافعي يكبر ثلاثاً الله أكبر الله أكبر الله أكبر وقيل يزيد بعد هذا لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير وروى عن ابن عباس أنه يقول الله أكبر كبيراً ثلاث مرات ثم يقول الرابعة والله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شيء موقت ^٢ والسبب في هذا الاختلاف عدم التحديد في ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع في ذلك التوقيت أعني فهم الأكثر وهذا هو السبب في اختلافهم في توقيت زمان التكبير أعني فهم التوقيت مع عدم النص في ذلك . وأجمعوا على أنه يستحب أن يفطر في عيد الفطر قبل الغدو إلى المصلى وإن لا يفطر يوم الاضحى إلا بعد الانصراف من الصلاة وأنه يستحب أن يرجع على غير الطريق التي مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام .

﴿ الباب التاسع في سجود القرآن ﴾

والكلام في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول . في حكم السجود . وفي عدد السجودات التي هي عزائم أعني التي يسجد لها . وفي الاوقات التي يسجد لها وعلى من يجب السجود . وفي صفة السجود .

فاما حكم سجود التلاوة فإن أبا حنيفة وأصحابه قالوا هو واجب . وقال مالك والشافعي هو مسنون وليس بواجب ^٣ وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الاوامر بالسجود والخبار التي معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى (إذا تلى عليهم آيات الرحمن

خروا سجدا وبكيا) هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فأبو حنيفة حملها على
 ظاهرها من الوجوب، ومالك والشافعي اتبعا في مفهومهما الصحابة اذ كانوا هم أقدمهم
 الاوامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد
 وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية وقرأها نهيا الناس للسجود فقال على رسلكم
 إن الله لم يكتبها علينا الا أن نشاء قالوا وهذا بمحض الصحابة فلم ينقل عن أحدهم خلاف
 وهم أفهم بمنزلة الشرع وهذا انما يحتاج به من يرى قول الصحابي اذا لم يكن له مخالف
 حجة ؛ وقد احتج أصحاب الشافعي في ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقرأ
 القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجدوا ولم نسجد
 وكذلك أيضا يحتاج هؤلاء بما روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه لم يسجد في
 الفصل وبما روى أنه سجد فيها لاث وجه الجمع بين ذلك يقتضي ان لا يكون
 السجود واجبا وذلك بان يكون كل واحد منهم حدث بما رأى من قال انه سجد
 ومن قال انه لم يسجد ، وأما أبو حنيفة فتمسك في ذلك بان الاصل هو حمل الاوامر
 على الوجوب او الاخبار التي تنزل منزلة الاوامر وقد قال ابو المعالي ان احتجاج
 أبي حنيفة بالاوامر الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود مطلقا
 ليس يقتضي وجوبه مقيدا وهو عند القراءة اعنى قراءة آية السجود قال ولو كان الامر
 كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التي فيها الامر بالصلاة واذا لم يجب
 ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التي فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود
 ولا بى حنيفة ان يقول قد اجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة في السجود عند تلاوة
 القرآن هي بمعنى الامر وذلك في أكثر المواضع واذا كان ذلك فقد ورد الامر
 بالسجود مقيدا بالتلاوة اعنى عند التلاوة وورد الامر به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد
 وليس الامر في ذلك بالسجود كالامر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها بقيود
 آخر وأيضا فان النبي عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى
 الامر بالسجود الوارد فيها أعنى انه عند التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الامر
 في الوجوب عليه .

وأما عدد عزائم سجود القرآن فان مالكا قال في الموطن الامر عندنا ان عزائم
 سجود القرآن احدى عشرة سجدة ليس في الفصل منها شيء . وقال أصحابه أولها
 خاتمة الاعراف ، وثانيها في الرعد عند قوله تعالى (بالغدو والآصال) وثالثها في
 البحر عند قوله تعالى (وفعلون ما يؤمرون) ، ورابعها في بني اسرائيل عند قوله (وزيدهم
 خشوعا) وخامسها في مريم عند قوله تعالى (خروا سجدا وبكيا) وسادسها الاولى من

الحج عند قوله تعالى (ان الله يفعل ما يشاء) . وسابعها في الفرقان عند قوله (وزادهم نفورا) وثامنها في النمل عند قوله تعالى (رب العرش العظيم) . وتاسعها في الم تنزيل عند قوله تعالى (وهم لا يستكبرون) وعاشرها في ص عند قوله تعالى (وخر راكعا وأناب) . والحادية عشرة في حم تنزيل عند قوله تعالى (ان كنتم اياه تعبدون) وقيل عند قوله وهم لا يستثمون . وقال الشافعي أربع عشرة سجدة ثلاث منها في الفصل في الانشقاق وفي النجم وفي اقرأ باسم ربك ولم يرفي ص سجدة لانها عنده من باب الشكر . وقال أحمد هي خمس عشرة سجدة أثبت فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة هي اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوي هي كل سجدة جاءت بلفظ الخبر والسبب في اختلافهم اختلافهم في المذاهب التي اعتمدوها في تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتمد عمل أهل المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنها من اعتمد السماع . أما الذين اعتمدوا العمل فالك وأصحابه . وأما الذين اعتمدوا القياس فابو حنيفة وأصحابه وذلك انهم قالوا وجدنا السجديات التي أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهي . سجدة الاعراف . والنحل . والرعد . والاسراء . ومريم . وأول الحج والفرقان . والنمل . والم تنزيل فوجب أن يلحق بها سائر السجديات التي جاءت بصيغة الخبر وهي التي في ص وفي الانشقاق ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الامر وهي التي في النجم وفي الثانية من الحج وفي اقرأ باسم ربك .

وأما الذين اعتمدوا السماع فانهم صاروا الى ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من سجوده في الانشقاق وفي اقرأ باسم ربك وفي النجم خرج ذلك مسلم ، وقال الاثرم سئل أحمد كم في الحج من سجدة قال سجدتان وصحيح حديث عتبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الحج سجدتان وهو قول عمرو بن علي (قال القاضي) خرجه أبو داود ، وأما الشافعي فانه إنما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه أبو داود عن أبي سعيد الخدري ان النبي عليه الصلاة والسلام قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فنزل وسجد فلما كان يوم آخر قرأها فتهاى الناس للسجود فقال: إنما هي توبة نبي ولكن رأيتمكم تشيرون للسجود فنزلت فسجدت وفي هذا ضرب من الحجة لا يبي حنيفة في قوله بوجوب السجود لانه على ترك السجود في هذه السجدة بعله انتفت في غيرها من السجديات فوجب أن يكون حكم التي انتفت عنها العلة بخلاف التي ثبتت لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب تجويز دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود في الفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من الفصل منذ هاجر الى المدينة قال أبو عمر وهو منكر لان أباه ريرة الذي روى سجوده في الفصل لم يصحبه

عليه الصلاة والسلام الا بالمدينة وقد روى الثقات عنه انه سجد عليه الصلاة والسلام في النجم.

وأما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فمنع قوم السجود في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة على أصله في منع الصلوات المفروضة في هذه الاوقات، ومنع مالك أيضا ذلك في الموطأ لأنها عنده من النفل والنفل ممنوع في هذه الاوقات عنده وروى ابن القاسم عنه انه يسجد فيها بعد العصر ما لم تصفر الشمس أو تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعي وهذا بناء على انها سنة وان السنن تصلى في هذه الاوقات ما لم تدن الشمس من الغروب أو الطلوع.

وأما على من يتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القارىء في صلاة كان أو في غير صلاة. واختلفوا في السامع هل عليه سجود أم لا فقال أبو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع بشرطين، أحدهما اذا كان قعد ليسمع القرآن والآخر أن يكون القارىء يسجد وهو مع هذا ممن يصح أن يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القارىء ممن لا يصلح للإمامة اذا جلس اليه .

وأما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القارىء كبر اذا خفض واذا رفع، واختلف قول مالك في ذلك اذا كان في غير صلاة وأما اذا كان في الصلاة فانه يكبر قولاً واحداً .

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله

﴿ كتاب أحكام الميت ﴾

والكلام في هذا الكتاب وهي حقوق الاموات على الاحياء ينقسم الى ست جل الجملة الاولى فيما يستحب ان يفعل به عند الاحضار وبعده، الثانية في غسله، الثالثة في تكفينه، الرابعة في حمله وانباعه، الخامسة في الصلاة عليه، السادسة في دفنه .

﴿ الباب الاول ﴾

ويستحب أن يلحق الميت عند الموت شهادة ان لا اله الا الله لقوله عليه الصلاة والسلام

(م ١٢ - ج ١)

لقتوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله وقوله من كان آخر قوله لا إله إلا الله دخل الجنة واختلفوا في استحباب توجيهه إلى القبلة فرأى ذلك قوم ولم يره آخرون وروى عن مالك أنه قال في التوجيه ما هو من الأمر القديم وروى عن سعيد بن المسيب أنه أنكر ذلك ولم يرو ذلك عن أحد من الصحابة ولا من التابعين أغنى الأمر بالتوجيه فاذ قضى الميت غمض عينه، ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثاب بذلك إلا الغريق فإنه يستحب في المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته (قال القاضي) واذ قيل هذا في الغريق فهو أولى في كثير من المرضى مثل الذين يصيبهم تطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الأطباء حتى لقد قال الأطباء إن المسكوتين لا ينبغي أن يدفنا إلا بعد ثلاث .

﴿ الباب الثاني في غسل الميت ﴾

ويتعلق بهذا الباب فصول أربعة . منها في حكم الغسل . ومنها فيمن يجب غسله من الموتى . ومن يجوز أن يغسل . وما حكم الغاسل . ومنها في صفة الغسل .

﴿ الفصل الأول ﴾

فما حكم الغسل فإنه قيل فيه أنه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما في المذهب . والسبب في ذلك أنه نقل بالعمل بالأقول والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب أولاً تفهمه . وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه الصلاة والسلام . في ابنته اغسلنها ثلاثاً أو خمساً بقوله في المحرم اغسلوه فمن رأى أن هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لا مخرج الأمر به لم يقل بوجوبه، ومن رأى أنه يتضمن الأمر . والصفة قال بوجوبه .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما الأموات الذين يجب غسلهم فانهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذي لم يقتل في معترك حرب الكفار . واختلفوا في غسل الشهيد وفي الصلاة عليه وفي غسل للمشرك . فاما الشهيد أغنى الذي قتله في المعترك المشركون فإن الجمهور على ترك غسله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلى أحد فدفنوا بئسابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فإن كل ميت يجنب ولعلمهم كانوا يرون أن ما فعل بقتلى أحد كان لموضع الضرورة أغنى المشقة في غسلهم وقال

يقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبري. وسئل أبو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وخط وصلى عليه وكان شهيداً يرحمه الله. واختلف الذين اتفقوا على أن الشهيد في حرب المشركين لا يغسل في الشهادة من قتل اللصوص أو غير أهل الشرك فقال الاوزاعي وأحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله أهل الشرك، وقال مالك والشافعي يغسل. وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هي الشهادة مطلقاً أو الشهادة على أيدي الكفار فمن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبي عليه الصلاة والسلام أنه شهيد ممن قتل، ومن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم. وأما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل للمسلم والده الكافر ولا يقبره إلا أن يخاف ضياعه فيواريه، وقال الشافعي لا بأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم وبه قال أبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه قال أبو بكر بن المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقدرى أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لما مات. وسبب الخلاف هل يغسل من باب العبادة أو من باب النظافة فإن كانت عبادة لم يجز غسل الكافر وإن كانت نظافة جاز غسله .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما من يجوز أن يغسل الميت فاتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون النساء واختلفوا في المرأة تموت مع الرجال أو الرجل يموت مع النساء ما لم يكونا زوجين على ثلاثة أقوال. فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب، وقال قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وجمهور العلماء، وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل. وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهي على الأمر أو الأمر على النهي وذلك أن الفصل مأمور به ونظر الرجل إلى بدن المرأة والمرأة إلى بدن الرجل منهي عنه فمن غلب النهي تغليباً مطلقاً أعنى لم يقس الميت على الحي في كون طهارة التراب له بدلاً من طهارة الماء عند تعذرهما قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه. ومن غلب الأمر على النهي قال يغسل كل واحد منهما صاحبه أعنى غلب الأمر على النهي تغليباً مطلقاً، ومن ذهب إلى التيمم فلا نه رأى أنه لا يلحق الأمر والنهي في ذلك تعارض وذلك أن النظر إلى مواضع التيمم يجوز لكلا الصنفين ولذلك رأى مالك أن ييمم الرجل المرأة في يديها ووجهها فقط لكون ذلك منها ليس بمعورة وأن تيمم المرأة الرجل إلى الرافقين

لانه ليس من الرجل عورة الامن السرة الى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التي نقلت الميت من الغسل الى التيمم عندهم من قال به هي تعارض الامر والنهي فكانه شبه هذه الضرورة بالضرورة التي يجوز معها التحي التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور . فاما مالك فاختلاف قوله في هذه المسئلة مرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولاً مطلقاً ومرة فرق في ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ومرة فرق في ذوى المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه ان له في ذوى المحارم ثلاثة أقوال أشهرها أنه يغسل كل واحد منها صاحبه على الثياب والثاني أنه لا يغسل أحدهما صاحبه لكن ييممه مثل قول الجمهور في غير ذوى المحارم والثالث الفرق بين الرجال والنساء أعنى تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فسبب المنع أن كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالأجانب سواء في سبب الإباحة انه موضع ضرورة وهم أعذر في ذلك من الأجنبي في سبب الفرق ان نظر الرجال الى النساء أغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء حجبن عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء وأجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها . واختلفوا في جواز غسله إياها فالجمهور على جواز ذلك، وقال أبو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته * وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبه بالطلاق قال لا يحل أن ينظر إليها بعد الموت ومن لم يشبه بالطلاق وهم الجمهور قال ان ما يحل له من النظر إليها قبل الموت يحل له بعد الموت وانما دعا بأباحية أن يشبه الموت بالطلاق لانه رأى انه اذا ماتت إحدى الاختين حل له نكاح الأخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه بعد فان علة منع الجمع مرتفعة بين الحي والميت ولذلك حلت إلا أن يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وان منع الجمع بين الاختين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوى حينئذ مذهب أبي حنيفة . وكذلك أجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تغسل زوجها . واختلفوا في الرجعية فروى عن مالك انها تغسله وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وقال ابن القاسم لا تغسله وان كان الطلاق رجعياً وهو قياس قول مالك لانه ليس يجوز عنده أن يراها وبه قال الشافعي * وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج أن ينظر الى الرجعية أو لا ينظر إليها .

وأما حكم الفاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتاً وجب عليه الغسل وقال قوم لا يغسل عليه * وسبب اختلافهم معارضة حديث أبي هريرة لحديث أسماء وذلك أن أبا هريرة روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : من غسل ميتاً فليغتسل ومن حمه فليتوضأ خرجه أبو داود وأما حديث أسماء فانها لما غسلت أبا بكر رضى الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار

وقالت انى صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل على من غسل قالوا لا وحديث اسماء في هذا صحيح وأما حديث أبى هريرة فهو عند أكثر أهل العلم فيها حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث اسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة له فان من أنكر الشيء يحتمل ان يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة في ذلك الشيء وسؤال اسماء والله أعلم يدل على الخلاف في ذلك في الصدر الاول ولهذا كله قال الشافعى رضى الله عنه على عادته في الاحتياط والاتفات الى الاثر لا غسل على من غسل الميت الا أن يثبت حديث أبى هريرة .

الفصل الرابع في صفة الغسل

وفي هذا الفصل مسائل احداها هل ينزع عن الميت قميصه اذا غسل أم يغسل في قميصه اختلفوا في ذلك، فقال مالك اذا غسل الميت تنزع ثيابه وتسرع عورته وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يغسل في قميصه وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام في قميصه بين أن يكون خاصا به وبين أن يكون سنة فمن رأى انه خاص به وانه لا يحرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حتى قال يغسل عرياناً الا عورته فقط التي يحرم النظر اليها في حال الحياة، ومن رأى أن ذلك سنة يستند الى باب الاجماع أو الى الامر الالهى لانه روى في الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد ألقى عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت في قميصه .

(المسئلة الثانية) قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت؛ وقال الشافعى يوضأ، وقال مالك ان وضى فحسن وسبب الخلاف في ذلك معارضة القياس للآثر وذلك ان القياس يقتضى ألا وضوء على الميت لان الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا أسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذى هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد في الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث أم عطية الثابت ان الوضوء شرط في غسل الميت لان فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في غسل ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخارى ومسلم ولذلك ليس يجب أن تعارض بالروايات التى فيها الغسل مطلقا لان المقيد يقتضى على المطلق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه أيضا أن يكون من أسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه وردت آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقا من غير ذكر وضوء فيها فهؤلاء رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس له في هذا الموضع والشافعى جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا في التوقيت في الغسل فمنهم من أوجب به ومنهم من استحسنه واستحبه. والذين أوجبوا التوقيت منهم من أوجب الوتر أى وتركه وبه قال ابن سيرين ، ومنهم من أوجب الثلاثة فقط وهو أبو حنيفة ، ومنهم من حد أقول الوتر في ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو الشافعى ، ومنهم من حد الاكثر في ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد بن حنبل ، ومن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حداً مالك بن أنس وأصحابه وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترط بل استحبه معارضة القياس للآثر وذلك ان ظاهر حديث أم عطية يقتضى التوقيت لان فيه اغسلها ثلاثاً وخمسة أو أكثر من ذلك ان رأيتن وفي بعض رواياته أو سبعة . وأما قياس البيت على الحى في الطهارة فيقتضى ان لا توقيت فيها كما ليس في طهارة الحى توقيت فمن رجح الآثر على النظر قال بالتوقيت ومن رأى الجمع بين الآثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب .

وأما الذين اختلفوا في التوقيت فبسبب اختلاف ألفاظ الروايات في ذلك عن أم عطية فاما الشافعى فانه رأى أن لا ينقص عن ثلاثة لانه أقول وتر نطق به في حديث أم عطية ورأى أن ما فوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام : أو أكثر من ذلك ان رأيتن ، وأما أحمد فأخذ بأكثر وتر نطق به في بعض روايات الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أو سبعة .

وأما أبو حنيفة فصار في قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية ثلاثاً يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وأيضاً فان الوتر الشرعى عنده إنما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب أن يغسل في الاولى بالماء القراح وفي الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور . واختلفوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله أم لا فقيس لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأوا أنه يعاد اختلفوا في العدد الذى تجب به الاعادة ان تكرر خروج الحدث فقيس يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعى ، وقيل يعاد ثلاثاً ، وقيل يعاد سبعة . وأجمعوا على أنه لايزاد على السبع شئ . واختلفوا في تقليم أظفار البيت والاخذ من شعره فقال قوم تقلم أظفاره ويؤخذ منه وقال قوم لا تقلم أظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه اثر . وأما سبب الخلاف في ذلك الخلاف الواقع فى ذلك في الصدر الاول ويشبه أن يكون سبب الخلاف في ذلك قياس البيت على الحى فمن قاسه أوجب تقليم الاظفار وحلق العانة لانها من سنة الحى باتفاق . وكذلك اختلفوا فى عصر بطنه قبل أن يغسل فمنهم من رأى ذلك . ومنهم من لم يره فمن رآه رأى أن فيه ضرباً من

الاستنقاء من الحدث عند ابتداء الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحي ومن لم ير ذلك رأى انهم باب تكليف ما لم يشرع وان الحي في ذلك بخلاف الميت .

﴿الباب الثالث في الاكفان﴾

والاصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج أبو داود عن يسلى بنت قائف الثقفية قالت كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول من أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر قالت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معه أكفانها يتناولناها ثوباً ثوباً . فمن العلماء من أخذ بظاهر هذين الاثرين فقال يكفن الرجل في ثلاثة أثواب والمرأة في خمسة أثواب وبه قال الشافعي وأحمد وجماعة وقال أبو حنيفة أقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب والسنة خمسة أثواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة أثواب ، ورأى مالك أنه لا أحد في ذلك وإنه يجزئ ثوب واحد فيهما إلا أنه يستحب الوتر . وسبب اختلافهم في التوقيت اختلافهم في مفهوم هذين الاثرين فمن فهم منهما الإباحة لم يقل بتوقيت إلا أنه استحب الوتر لانفاقهما في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكأنه فهم منهما الإباحة إلا في التوقيت فإنه فهم منه شرعاً لمناسبة للشرع ومن فهم من العدد أنه شرع لا إباحة قال بالتوقيت اما على جهة الوجوب واما على جهة الاستحباب وكله واسع ان شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد بنمرة فكانوا اذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه واذا غطوا بها رجله خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسه واجعلوا على رجله من الاذخر . وانفقوا على أن الميت يغطي رأسه ويطيب الا المحرم اذا مات في احرامه فاتهم اختلفوا فيه ؛ فقال مالك وأبو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم ، وقال الشافعي لا يغطي رأس المحرم اذا مات ولا يمس طيباً . وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص .

فاما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل وقصته راحلته مات وهو محرم فقال كفنوه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيباً فإنه يبعث يوم القيامة يلبى .

وأما العموم فهو ماورد من الامر بالغسل مطلقاً فمن خص من الاموات المحرم

بهذا الحديث كنتخصيص الشهداء بقتلى أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكماً على الجميع وقال لا يغطي رأس المحرم ولا يمس طيباً ومن ذهب مذهب الجمع لا مذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الاعرابي خاص به لا يعدي الى غيره .

(الباب الرابع في صفة المشي مع الجنازة)

واختلفوا في سنة المشي مع الجنازة فذهب أهل المدينة الى أن من سلتها المشي أمامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم أن المشي خلفها أفضل . وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التي روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام مرسل المشي أمام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال الشافعي وأخذ أهل الكوفة بما روي عن علي بن أبي طالب من طريق عبد الرحمن بن أبيدي قال كنت أمشي مع علي في جنازة وهو أخذ بيدي وهو يمشي خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها فقلت له في ذلك فقال ان فضل الماشي خلفها على الماشي أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وأنهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان يسهلان على الناس وروى عنه رضى الله عنه أنه قال قدمها بين يديك واجعلها نصب عيالك قائماً هي موعظة وتذكرة وعبرة وبما روى أيضاً عن ابن مسعود أنه كان يقول سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه وسلم : قال الراكب يمشي أمام الجنازة والماشي خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها وحديث أبي هريرة أيضاً في هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الأحاديث صار إليها الكوفيون وهي أحاديث بصححونها ويضعفها غيرهم وأكثر العلماء على أن القيام الى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الجنائز ثم جلس وذهب قوم الى وجوب القيام وتمسكوا في ذلك بما روى من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا رأيتم الجنائز فقوموا اليها حتى تخلفكم أو توضع واختلف الذين رأوا ان القيام منسوخ في القيام على القبر في وقت الدفن فبعضهم رأى أنه لم يدخل تحت النهي وبعضهم رأى أنه داخل تحت النهي على ظاهر اللفظ ومن أخرجه من ذلك احتج بفعل علي في

ذلك وذلك انه روى النسخ وقام على قبر ابن المكثف فقبل له ألا تجلس يا أمير المؤمنين فقال قليل لا خينا قيامنا على قبره .

(الباب الخامس في صلاة الجنابة)

وهذه الجملة تتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول ، أحدها في صفة صلاة الجنابة ، والثاني على من يصلي ومن أولى بالصلاة ، والثالث في وقت هذه الصلاة ، والرابع في موضع هذه الصلاة ، والخامس في شروط هذه الصلاة .

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما صفة الصلاة فانها تتعلق بها مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلفوا في عدد التكبير في الصدر الاول اختلافا كثيرا من ثلاث الى سبع أعنى الصحابة رضي الله عنهم ولكن فقهاء الامصار على أن التكبير في الجنابة أربع الا ابن أبي ليلى وجابر بن زيد قاتهما كانا يقولان أنها خمس . وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه روى من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم الى المصلى فصنف بهم ، كبر أربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك أخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء في هذا المعنى أيضا من أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قبر مسكينة فكبر عليها أربعاً وروى مسلم أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد بن أرقم يكبر على الجنائز أربعاً وأنه كبر على جنازة خنساء فسألناه فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يكبرها وروى عن أبي خيثمة عن أبيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم : يكبر على الجنائز أربعاً وخمسة وستة وسبعة وثمانيا حتى مات النجاشي فصنف الناس وراءه وكبر أربعاً ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على أربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لائحة للجمهور وأجمع العلماء على رفع اليدين في أول التكبير على الجنابة . واختلفوا في سائر التكبير فقال قوم يرفع ، وقال قوم لا يرفع وروى الترمذي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه في أول التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى فمن ذهب الى ظاهر هذا الاثر وكان مذهبه في الصلاة أنه لا يرفع الا في أول التكبير قال الرفع في أول التكبير ؛ ومن قال يرفع في كل تكبير شبه التكبير الثاني بالاول لانه كله يفعل في حال القيام والاستواء .

(المسئلة الثانية) اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنابة فقال مالك وأبو حنيفة

ليس فيها قراءة إنما هو الدعاء، وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به في بلدنا بحال قال وإنما يحمد الله ويتلى عليه بعد للتكبير الأولى ثم يكبر الثانية فيصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم. وقال الشافعي يقرأ بعد التكبير الأولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قال أحمد وداود ثم وسبب اختلافهم معارضة العمل للآثر وهل يتناول أيضاً اسم الصلاة صلاة الجنائز أم لا. أما العمل فهو الذي حكاه مالك عن بلده. وأما الآثر فما رواه البخاري عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا أنها السنة فمن ذهب إلى ترجيح هذا الآثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنائز وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا صلاة الا بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن أن يحتاج لمذهب مالك بظواهر الآثار التي نقل فيها دعاؤه عليه الصلاة والسلام على الجنائز ولم ينقل فيها أنه قرأ وعلى هذا فتكون تلك الآثار كأنها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوي عن ابن شهاب عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبار الصحابة وعلمائهم وابناء الذين شهدوا بدرأ أن رجلاً من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام أخبره أن السنة في الصلاة على الجنائز أن يكبر الإمام ثم يقرأ فاتحة الكتاب سرا في نفسه ثم يخلص الدعاء في التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي أخبر به أبو أمامة من ذلك لمحمد بن سويد انفرد به فقال وأنا سمعت أنضحاك بن قيس يحدث عن حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنائز بمثل ما حدثك به أبو أمامة .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا في التسليم من الجنائز هل هو واحداً أو اثناً فالجمهور على أنه واحد وقالت طائفة وأبو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من أصحاب الشافعي وهو أحد قولي الشافعي وسبب اختلافهم اختلافيهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليمة واحدة في الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنائز عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين في الصلاة المفروضة قال هنا بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فهذه سنة وان كانت فرضاً فهذه فرض . وكذلك اختلف المذهب هل يجهر فيها أولاً يجهر بالسلام .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا أين يقوم الإمام من الجنائز فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكراً كان أو أنثى وقال قوم آخرون يقوم من الأنتى وسطها ومن الذكر عند رأسه . ومنهم من قال يقوم من الذكر والأنتى عند صدرها وهو قول ابن القاسم وقول أبي حنيفة وليس عند مالك والشافعي في ذلك حد وقال قوم يقوم منهما أين شاءت والسبب في

اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه خرج البخاري ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهي نفساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج أبو داود من حديث همام ابن غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاءوا بجنازة امرأة فقالوا يا أبا حمزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال انعلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنازة كبر أربعاً وقام على جنازة المرأة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه قال نعم. فاختلف الناس في المفهوم من هذه الأفعال. فمنهم من رأى أن قيامه عليه الصلاة والسلام في هذه المواضع المختلفة يدل على الإباحة وعلى عدم التحديد. ومنهم من رأى أن قيامه على أحد هذه الأوضاع انه شرع وأنه يدل على التحديد وهو لا أنقسموا قسمين فمنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته فقال المرأة في ذلك والرجل سواء لأن الأصل أن حكمهما واحد الآن يثبت في ذلك فارق شرعي ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير إليها وليس بينهما تعارض أصلاً. وأما مذهب ابن القاسم وأبي حنيفة فلا أعلم له من جهة السمع في ذلك مسنداً إلا ما روى عن ابن مسعود من ذلك، (المسئلة الخامسة) واختلفوا في ترتيب جنائز الرجال والنساء إذا اجتمعوا عند الصلاة فقال الأكثر يجعل الرجال مما يلي الإمام والنساء مما يلي القبلة وقال قوم بخلاف هذا أي النساء مما يلي الإمام والرجال مما يلي القبلة، وفيه قول ثالث انه يصلى على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات * وسبب الخلاف ما يغلّب على الظن باعتبار أحوال الشرع من أنه يجب أن يكون في ذلك شرع محدود مع انه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى كثير من الناس انه ليس في أمثال هذه المواضع شرع أصلاً وأنه لو كان فيها شرع ليين للناس وإنما ذهب الأكثر لما قلناه من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك في الموطأ من أن عثمان بن عفان وعبد الله بن عمرو أبا هريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معاً فيجملون الرجال مما يلي الإمام ويجملون النساء مما يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر انه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدري وأبو قتادة والإمام يومئذ سعيد بن العاصي فسألهم عن ذلك وأمر من سألهم فقالوا هي السنة وهذا يدخل في المسند عندهم ويشبه أن يكون من قال بتقديم الرجال شبههم إمام الإمام بحالهم خلف الإمام في الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام: آخروهن حيث آخرن الله وأما من قال

بتقديم النساء على الرجال فيشبه أن يكون اعتقد أن الاول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام .

وأما من فرق فاحتياطاً من أن لا يجوز ممنوعاً لأنه لم ترد سنة بجواز الجمع فيحتمل أن يكون على أصل الاباحة ويحتمل أن يكون ممنوعاً بالشرع وإذا وجد الاحتمال وجب التوقف اذا وجد اليه سبيلاً .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في احدى يفوته بعض التكبير على الجنائزة في مواضع منها هل يدخل بتكبير أم لا . ومنها هل يقضى ما فاتته أم لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا . فروى اشهب عن مالك انه يكبر أول دخوله وهو أحد قولى الشافعى . وقال أبو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياساً على من دخل في المفروضة . واتفق مالك وأبو حنيفة والشافعى على أنه يقضى ما فاتته من التكبير الا ان أبا حنيفة يرى أن يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعى يريان أن يقضيه نسقاً وانما اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام . ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا فمن رأى أن هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضى التكبير وما فاتته من الدعاء ومن أخرج الدعاء من ذلك اذ كان غير مؤقّت قال يقضى التكبير فقط اذ كان هو المؤقّت فكان تخصيص الدعاء من ذلك العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فأبو حنيفة أخذ بالعموم وهؤلاء بالخصوص .

(المسئلة السابعة) واختلفوا في الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنائزة فقال مالك لا يصلى على القبر ، وقال أبو حنيفة لا يصلى على القبر الا الولي فقط اذا فاتته الصلاة على الجنائزة وكان الذى صلى عليها غير وليها ، وقال الشافعى وأحمد وداود وجماعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنائزة . واتفق القائلون باجادة الصلاة على القبر ان من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا في هذه المدة وأكثرها شهر * وسبب اختلافهم معارضة العمل للآخر أما مخالفة العمل فان ابن القاسم قال قلت لمالك قال الحديث الذى جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه صلى على قبر امرأة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من أصحاب الحديث قال أحمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها احسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسع ، وأما البخارى ومسلم فروى اذ ذلك من طريق أبى هريرة ، وأما مالك فخرجه مرسل عن أبى امامة بن سهل وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعى ، وأما أبو حنيفة فانه جرى في ذلك على عادته فيما أحسب أعنى من رد اخبار الاحاد التى تعم بها البلوى اذا لم تشر ولا تنتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار اذا كان خبراً شأنه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه

عن غلبة الظن بصدقة الى الشك فيه أو الى غلبة الظن بكذبه أو لسخه (قال القاضي) . وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا في وجه الاستدلال بالعمل وفي هذا النوع من الاستدلال الذي يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انها من جنس واحد .

﴿ الفصل الثاني فيمن يصلي عليه ومن أولى بالتقديم ﴾

وأجمع أكثر أهل العلم على اجازة الصلاة على كل من قال لا اله الا الله وفي ذلك أثره قال عليه الصلاة والسلام : صلوا على من قال لا اله الا الله وسواء كان من أهل الكبراء أو من أهل البدع الا ان مالكا كره لأهل الفضل الصلاة على أهل البدع ولم ير أن يصلي الإمام على من قتله حداً ^١ واختلفوا فيمن قتل نفسه فرأى قوم انه لا يصلي عليه وأجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على أهل الكبراء ولا على أهل البغى والبدع ^٢ والسبب في اختلافهم في الصلاة اما في أهل البدع فلاختلافهم في تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتأويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ؛ ومن لم يكفرهم اذ كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسول لا تأويل أقواله عليه الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة . وانما أجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى (ولا تصل على أحد منهم مات أبداً ولا تقم على قبره) الآية . واما اختلافهم في أهل الكبراء فليس يمكن أن يكون له سبب الا من جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالقتوب . لكن ليس هذا مذهب أهل السنة فلذلك ليس ينبغي أن يمنع الفقهاء الصلاة على أهل الكبراء .

وأما كراهية مالك الصلاة على أهل البدع فذلك لما كان الزجر والعقوبة لهم وانما لم ير مالك صلاة الإمام على من قتله حداً لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرجه أبو داود وانما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبى أن يصلي على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الاثر قال لا يصلي على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى ان حكمه حكم المسلمين وان كان من أهل النار كما ورد به الاثر لكن ليس هو من المخالدين لكونه من أهل الايمان وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه : أخرجوا من النار من في قلبه مثقال حبة من الايمان . واختلفوا أيضا في الصلاة على الشهداء المقتولين في المعركة فقال مالك والشافعي لا يصلي على الشهيد المقتول في المعركة ولا يغسل ، وقال أبو حنيفة يصلي عليه ولا يغسل ^٣ وسبب باختلافهم اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أنه خرج أبو داود من طريق جابر

انه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد قدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى من طريق ابن عباس مسنداً أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولم ييمم وروى أيضاً ذلك مراسلاً من حديث أبي مالك الغفاري وكذلك روى أيضاً أن اعرابياً جاءهم فوقع في حلقه فمات فصلى النبي صلى الله عليه وسلم عليه وقال ان هذا عبدك خرج مجاهداً في شريكك فقتل شهيداً وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الأحاديث التي أخذ بها وكانت الشافعية تعتل بحديث ابن عباس هذا وتقول يرويه ابن أبي الزناد وكان قد احتل آخر عمره وقد كان شعبة يطعن فيه .

وأما المراسيل فليست عندهم بحجة . واختلفوا متى يصل على الطفل فقال مالك لا يصل على الطفل حتى يستهل صارخاً وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصل عليه إذا نفخ فيه الروح وذلك انه إذا كان له في بطن أمه أربعة أشهر فأكثر وبه قال ابن أبي ليلى * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة المطلق للعقيد وذلك انه روى الترمذي عن جابر بن عبد الله عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : الطفل لا يصل عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخاً وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبة انه قال : الطفل يصل عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر قالوا يجب أن يحمل ذلك العموم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصل عليه إذا استهل صارخاً ، ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم أن المعتبر في الصلاة هو حكم الاسلام والحياة والطفل إذا تحرك فهو حي وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حي إذا مات صلى عليه فرجحوا هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ، ومن الناس من شذو وقال لا يصل على الاطفال أصلاً وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام . لم يصل على ابنه إبراهيم وهو ابن ثمانية أشهر وروى فيه انه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة . واختلفوا في الصلاة على الاطفال المسييين فذهب مالك في رواية البصريين عنه أن الطفل من أولاد الحريين لا يصل عليه حتى يعقل الاسلام سواء سبي مع أبويه أو لم يسب معهما وأن حكمه حكم أبويه إلا أن يسلم الأب فهو تابع له دون الأم ووافق الشافعي على هذا إلا انه ان أسلم أحد أبويه فهو عنده تابع لمن أسلم منهما لا للاب وحده على ما ذهب اليه مالك ، وقال أبو حنيفة يصل على الاطفال المسييين وحكمهم حكم من سبهم وقال الاوزاعي إذا ملكهم المسلمون صلى عليهم يعني إذا بيعوا في السبي قال وبهذا جرى العمل في التغرير به القيا فيه . وأجمعوا على أنه إذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا أسلم أحد أبويهم ان حكمهم حكم آبائهم * والسبب في اختلافهم اختلافهم في اطفال المشركين هل هم من أهل الجنة

أو من أهل النار وذلك انه جاء في بعض الآثار انهم من آبائهم أى ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة ان حكمهم حكم المؤمنين . وأما من أولى بالتقديم للصلاة على الجنائز فقول الولي وقيل الوالى فمن قال الوالى شبهه بصلاة الجمعة من حيث هي صلاة جماعة، ومن قال الولي شبهها بسائر الحقوق التى الولي بها الحق مثل مواراته ودفنه، وأكثر أهل العلم على ان الوالى بها الحق قال ابو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن على سعيد بن العاصى وهو والى المدينة ليصلى على الحسن بن على وقال لولا انها سنة ما تقدمت قال ابوبكر وبه أقول؛ وأكثر العلماء على انه لا يصلى الا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشي والجمهور على أن ذلك خاص بالنجاشي وحده . واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على أثره لتناول اسم الميت له ومن قال انه يصلى على أقله قال لأن حرمة البعض كحرمة الكل لا سيما ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يجيز الصلاة على الغائب.

﴿ الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنائز ﴾

واختلفوا فى الوقت الذى تجوز فيه الصلاة على الجنائز فقال قوم لا يصلى عليها فى الاوقات الثلاثة التى ورد النهى عن الصلاة فيها وهي وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهانا أن نصلى فيها وان نقبر موتانا الحديث ، وقال قوم لا يصلى فى الغروب والطلوع فقط ويصلى بعد العصر ما لم تصفر الشمس وبعد الصبح ما لم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنائز فى الاوقات الخمسة التى ورد النهى عن الصلاة فيها وبه قال عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول أبى حنيفة، وقال الشافعى يصلى على الجنائز فى كل وقت لأن النهى عنده انما هو خارج على النوافل لا على السنن لا على ما تقدم.

﴿ الفصل الرابع فى مواضع الصلاة ﴾

واختلفوا فى الصلاة على الجنائز فى المسجد فاجازها اكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم أبو حنيفة وبعض أصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتخفيفه اذا كانت الجنائز خارج المسجد والناس فى المسجد . وسبب الخلاف فى ذلك حديث عائشة وحديث أبى هريرة أما حديث عائشة فما رواه مالك من أنها أمرت أن يمر عليها بسعد بن أبى وقاص فى المسجد حين مات لتدعوه له فانكر الناس عليها ذلك فقالت عائشة ما أسرع ما نسى الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهل

ابن بيضاء الا في المسجد وأما حديث أبي هريرة فهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من صلى على جنازة في المسجد فلا شيء له وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غير ثابت أو غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتها العمل بخلاف ذلك عندهم ويشهد لذلك برواه صلى الله عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشي وقد زعم بعضهم أن سبب المنع في ذلك هو أن ميت بنى آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعى ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل؛ وكره بعضهم الصلاة على الجنائز فى المقابر للنهي الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الاكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لى الارض مسجدا وطهوراً .

(الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة)

واتفق الاكثر على أن من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على ان من شرطها القبلة واختلفوا في جواز التيمم لها اذا خيف فواتها فقال قوم يتيمم ويصلى لها اذا خاف الفوات وبه قال ابو حنيفة وسفيان والاوزاعي وجماعة؛ وقال مالك والشافعي وأحمد لا يصلى عليها بتيمم بسبب اختلافهم قياسها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها أجاز التيمم أغنى من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ومن لم يشبهها بها لم يحز التيمم لانها عنده من فروض الكفاية أو من سنن الكفاية على اختلافهم في ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز أن يصلى على الجنازة بغير طهارة وهو قول الشعبي وهؤلاء ظنوا أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وإنما يتناولها اسم الدعاء اذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود .

(الباب السادس في الدفن)

وأجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى (ألم نجعل الارض كفاتا أحياء وأمواتا) وقوله (فبعث الله غرابا يبحث في الارض) وكره مالك والشافعي تجصيص القبور وإجاز ذلك أبو حنيفة، وكذلك كره قوم القعود عليها وقوم أجازوا ذلك وتأولوا النهي عن ذلك انه القعود عليها لحاجة الانسان. والاثار الواردة في النهي عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال انزل عن القبر لا تؤذى صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من أجاز القعود على القبر بما روى عن زيد بن ثابت انه قال إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور

لحدث غائط أو بول قالوا ويؤيد ذلك ما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من جلس على قبر يبول إليه أو يتغوط فكأنما جلس على جرة تار والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي.

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً

كتاب الصيام

وهذا الكتاب ينقسم أولاً قسمين أحدهما في الصوم الواجب. والآخر في المندوب إليه والنظر في الصوم الواجب ينقسم إلى قسمين أحدهما في الصوم؛ والآخر في الفطرة. أما القسم الأول وهو الصيام فإنه ينقسم أولاً إلى جملتين. أحدهما معرفة أنواع الصيام الواجب. والآخر معرفة أركانه.

وأما القسم الذي يتضمن النظر في الفطر فإنه ينقسم إلى معرفة المفطرات وإلى معرفة المفطرين وأحكامهم فليبدأ بالقسم الأول من هذا الكتاب وبالمجلة الأولى منه وهي معرفة أنواع الصيام

فنقول إن الصوم الشرعي منه واجب ومنه مندوب إليه والواجب ثلاثة أقسام. منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه. ومنه ما يجب لعله وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بإيجاب الإنسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر. والذي يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التي تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر في كتاب النذر فاما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع.

فاما الكتاب فقوله تعالى « كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وأما السنة ففي قوله عليه الصلاة والسلام : بني الإسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابي : وصيام شهر رمضان قال هل على غيرها قال لا إلا أن تطوع .

وأما الاجماع فإنه لم ينقل إلينا خلاف عن أحد من الأئمة في ذلك. وأما على من يجب وجوباً غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح إذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهي الحيض للنساء هذا لا خلاف فيه لقوله « فمن شهد منكم الشهر فليصمه »

(الجملة الثانية في الأركان) والأركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المفطرات ، والثالث يختلف فيه وهو الرؤية . فاما الركن الأول الذي هو الزمان فإنه ينقسم الى قسمين . أحدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان ، والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو أيام هذا الشهر دون الليالي ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها فليبدأ بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب وأول ذلك في تحديد طرفي هذا الزمان ، وثانيا في معرفة الطريق التي بها يتوصل الى معرفة العلامة المحدودة له في حق شخص شخص وأفق أفق .

فاما طرقا هذا الزمان فإن العلماء أجمعوا على أن الشهر العربي يكون تسعة وعشرين ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار في تحديد شهر رمضان إنما هو الرؤية لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤية وأفطروا للرؤية وعنى بالرؤية أول ظهور القمر بعد السواد . واختلفوا في الحكم اذا غم الشهر ولم تمكن الرؤية وفي وقت الرؤية المعتبر . فاما اختلافهم اذا غم الهلال فإن الجمهور يرون أن الحكم في ذلك أن تكمل العدة ثلاثين فإن كان الذي غم هلال أول الشهر عد الشهر الذي قبله ثلاثين يوما وكان أول رمضان الحادى والثلاثين وان كان الذي غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما وذهب ابن عمر الى أنه ان كان المعنى عليه هلال أول الشهر صيم اليوم الثانى وهو الذى يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف أنه اذا أغشى الهلال رجع الى الحساب بمسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعى أنه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال مرئى وقد غم فإن له أن يعتقد الصوم ويجزيه ^ح وسبب اختلافهم الاجمال الذى في قوله صلى الله عليه وسلم : صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية فإن غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى أن تأويله أكلوا العدة ثلاثين ، ومنهم من رأى أن معنى التقدير له عده بالحساب ، ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرء صائما وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد في اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا التأويل لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام : فإن غم عليكم فأكلوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب أن يحمل المجمل على المفسر وهي طريقة لا خلاف فيها بين الاصوليين فإنه ليس عندهم بين المجمل والمفسر تعارض أصلا فذهب الجمهور في هذا لائح والله أعلم .

وأما اختلافهم في اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على أنه اذا روى من العشى أن الشهر من اليوم الثانى واختلفوا اذا روى في سائر أوقات النهار أعنى أول ما روى فذهب

الجمهور أن القمر في أول وقت رؤى من النهار أنه لليوم المستقل حكم رؤيته بالعشى وهذا القول قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجهه وأصحابهم ، وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة والثوري وابن حبيب من أصحاب مالك إذا رؤى الهلال قبل الزوال فهو ليلة الماضية وإن رؤى بعد الزوال فهو الآتية وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيها سبيله التجربة والرجوع الى الاخبار في ذلك وليس في ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام يرجع اليه لكن روى عن عمر رضى الله عنه أنرا ، أحدهما عام ، والآخر مفسر فذهب قوم الى العام وذهب قوم الى المفسر ، فاما العام فهو ما رواه الأعمش عن أبي وائل شقيق ابن سلمة قال أتنا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الأهلة بعضها أكبر من بعض فإذا رأيتم الهلال نهرا فلا تفطروا حتى يشهد رجلان اتها أرياه بالامس وأما الخاص فما روى الثوري عنه أنه بلغ عمر بن الخطاب ان قوما رأوا الهلال بعد الزوال فافطروا فكتب اليهم يلومهم وقال : إذا رأيتم الهلال نهرا قبل الزوال فافطروا وإذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا (قال القاضي) الذي يقتضى القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب الا وهو بعيد منها لانه حينئذ يكون أكبر من قوس الرؤية وان كان يختلف في الكبر وتضغير فبعيد والله أعلم أن يبلغ من الكبر أن يرى والشمس بعد لم تغب ولكن المعتمد في ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق في ذلك قبل الزوال ولا بعده وإنما المعتمد في ذلك مغيب الشمس أولا مغيبها . وأما اختلافهم في حصول العلم بالرؤية فان له طريقين أحدهما الحس والآخر الخبر فاما طريق الحس فان العلماء أجمعوا على أن من أبصر هلال الصوم وحده أن عليه أن يصوم إلا عطاء بن أبي رباح فانه قال لا يصوم الابروية غيره معه ، واختلفوا هل يفطر برويته وحده فذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد الى أنه لا يفطر وقال الشافعي يفطر وبه قال أبو ثور وهذا لا معنى له فان النبي عليه الصلاة والسلام قد أوجب الصوم والفطر للرؤية والرؤية إنما تكون بالحس ولولا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث ، وإنما فرق من فرق بين هلال الصوم وانفطر لمكان صد الذريعة أن لا يدعى الفساق انهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعي ان خاف التهمة أمسك عن الاكل والشرب واعتقد الفطر وشذ مالك فقال من أفطر وقد رأى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة وقال أبو حنيفة عليه القضاء فقط .

وأما طريق الخبر فانهم اختلفوا في عدد الخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفي صفتهم فاما مالك فقال أنه لا يجوز ان يصام ولا يفطر باقل من شهادة رجلين عدلين وقال

الشافعي في رواية المزني أنه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر بأقل من شهادة رجلين وقال أبو حنيفة إن كانت السماء مغيمة قبل واحد وإن كانت صاحبة بمصر كبير لم تقبل إلا شهادة الجهم الغفير وروى عنه أنه تقبل شهادة عدلين إذا كانت السماء مصحية وقد روى عن مالك أنه لا تقبل شهادة الشاهدين إلا إذا كانت السماء مغيمة وأجمعوا على أنه لا يقبل في الفطر إلا اثنان إلا أبا ثور فإنه لم يفرق في ذلك بين الصوم والفطر كما فرق الشافعي بسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وتردد الخبر في ذلك بين أن يكون من باب الشهادة أو من باب العمل بالأحاديث التي لا يشترط فيها العدد. أما الآثار فمن ذلك ما أخرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال إني جالست أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وسألتهم وكلهم حدثوني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صوموا للرؤية وأفطروا للرؤية فإن غم عليكم فأمموا ثلاثين فإن شهد شاهدان فصوموا وأفطروا ومنها حديث ابن عباس أنه قال جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت الهلال الليلة فقال: أنشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا أخرجه الترمذي قال وفي إسناده خلاف لأنه رواه جماعة مرسلًا ومنها حديث ربي بن خراش أخرجه أبو داود عن ربي بن خراش عن رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الناس في آخر يوم من رمضان فقام أعرابيان فشهدا عند النبي صلى الله عليه وسلم لا أهل الهلال أمس عشية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس أن يفطروا وإن يعودوا إلى المصلى، فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعي جمع بين حديث ابن عباس وحديث ربي بن خراش على ظاهرهما فأوجب الصوم بشهادة واحد والفطر باثنين، ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس أعني تشبيه ذلك بالشهادة في الحقوق ويشبه أن يكون أبو ثور لم يبر تعارضاً بين حديث ابن عباس وحديث ربي بن خراش وذلك أن الذي في حديث ربي بن خراش أنه قضى بشهادة اثنين وفي حديث ابن عباس أنه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الأمرين جميعاً لا أن ذلك تعارض ولا أن القضاء الأول مختص بالصوم والثاني بالفطر فإن القول بهذا إنما يلبي على توهم التعارض وكذلك يشبه إلا أن يكون تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين حديث ابن عباس إلا بدليل الخطاب وهو ضعيف إذا عارضه النص فقد نرى أن قول أبي ثور على شذوذه هو ابن مع أن تشبيه الرائي بالراوى هو أمثل من تشبيهه بالشاهد لأن الشهادة إما

ان يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معللة فلا يجوز أن يقيس عليها وإما أن يقول ان اشتراط العدد فيها هو ما وضع التنازع الذي في الحقوق والشبهة التي تعرض من قبل قول أحد الخصمين فاشتراط فيها العدد وليكون الظن أغلب والميل الى حجة أحد الخصمين أقوى ولم يتعد بذلك الاثنين لئلا يسر قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس في رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد؛ ويشبه أن يكون الشافعي إنما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للثمة التي تعرض للناس في هلال الفطر ولا تعرض في هلال الصوم، ومذهب أبي بكر ابن المنذر هو مذهب أبي ثور وأحسبه هو مذهب أهل الظاهر وقد احتج أبو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانعقاد الاجماع على وجوب الفطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب أن يكون الامر كذلك في دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم وإذا قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد أم لا؟ هل يجب على أهل بلد ما اذا لم يروه أن يأخذوا في ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية فيه خلاف. فاما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه اذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال أن عليهم قضاء ذلك اليوم الذي أفطروه وصامه غيرهم وبه قال الشافعي وأحمد وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير أهل البلد الذي وقعت فيه الرؤية الا أن يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك. وأجمعوا أنه لا يراعى ذلك في البلد ان النائية كالاندلس والحجاز والسبب في هذا الخلاف تعارض الاثر والنظر أما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لانها في قياس الافق الواحد. وأما اذا اختلفت اختلافا كثيراً فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض

وأما الاثر فارواه مسلم عن كريب ان أم الفضل بنت الحارث بعثته الى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألتني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيته ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية قال لكننا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوماً أو نراه فقلت ألا تسكتني برؤية معاوية فقال لا هكذا أمرنا النبي عليه الصلاة والسلام فظاهر هذا الاثر يقتضي ان لكل بلد رؤيته قرب أو بعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان نأيه العرض كثيراً واذا بلغ

الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذه هي المسائل تتعلق بزمان الوجوب
وأما التي تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على أن آخره غيوبة الشمس لقوله
تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) واختلفوا في أوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثاني
المستطير الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعنى حده بالمستطير
ولظاهر قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الابيض) الآية، وشذت فرقة فقالوا هو
الفجر الاحمر الذي يكون بعد الابيض وهو نظير الشفق الاحمر وهو مروى عن حذيفة
وابن مسعود * وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الآثار في ذلك واشترك اسم الفجر أعنى
انه يقال على الابيض والاحمر وأما الآثار التي احتجوا بها فمنها حديث ذر عن حذيفة
قال تسحرت مع النبي صلى الله عليه وسلم ولو آشاء أن أقول هو النهار الا ان الشمس
لم تطلع وخرج أبو داود عن قيس بن طلق عن أبيه أنه عليه الصلاة والسلام قال كلوا
واشربوا ولا يهدينكم الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الاحمر قال
أبو داود هذا ما انفرد به اهل اليمامة وهذا شذوذ فان قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط
الابيض) نص في ذلك أو كالتص والذين رأوا انه الفجر الابيض المستطير وهم الجمهور
والمعتمد اختلفوا في الحد المحرم للاكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم
هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فالاكل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع
وقائدة الفرق انه اذا انكشف ان ما ظن من انه لم يطلع كان قد طلع فمن كان الحد
عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل به لم يوجب
عليه قضاء * وسبب الاختلاف في ذلك الاحتمال الذي في قوله تعالى (وكلوا واشربوا حتى
يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) هل على الامساك بالتبين نفسه أو
بالشيء المتبين لان العرب تتجاوز فتستعمل لاحق الشيء بدل الشيء على وجه الاستعارة
فكانه قال تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود) لانه
اذا تبين في نفسه تبين لنا فاذا إضافة التبين لناهي التي اوقعت الخلاف لانه قد يتبين في
نفسه ويتميز ولا يتبين لنا. وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس بوجوب تعلقه
بالطلوع نفسه أعنى قياسا على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كالزوال وغيره
فان الاعتبار في جميعها في الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم المتعلق به، والمشهور عن مالك وعليه
الجمهور ان الاكل يجوز ان يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول
الاول ما في كتاب البخاري أظنه في بعض رواياته قال النبي صلى الله عليه وسلم : وكلوا
واشربوا حتى ينأى ابن ام مكتوم فانه لا ينأى حتى يطلع الفجر وهو نص في
موضع الخلاف وكالتص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلوا واشربوا الآية ومن ذهب الى

أنه يجب الامساك قبل الفجر فجريا على الاحتياط وسداً المذريعة وهو أورع القوانين
والاول أقيس والله أعلم

الركن الثاني وهو الامساك

وأجمعوا على انه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن الطعام
والشروب والجماع لقوله تعالى (فالآن باثروهن وابتغوا ما كتب الله لكم
وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر)
واختلفوا من ذلك في مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها، اما المسكوت عنها
أحداها فيما يرد الجوف مما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب
مثل الحقة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف مثل أن يرد الدماغ ولا يرد
المعدة وسبب اختلافهم في هذه هو قياس المغذى على غير المغذى وذلك ان المنطوق به
أنها هو المغذى فمن رأى ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ومن
رأى انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها إنما هو الامساك فقط عما يرد الجوف
سوي بين المغذى وغير المغذى، وتحصيل مذهب مالك أنه يجب الامساك عن ما يصل
الى الحلق من أى المنافذ وصل مغذيا كان أو غير مغذ وأما ما عدى الماء كحول والمشروب
من المفطرات فكلمهم يقولون ان من قبل فأمنى فقد أفطر وان أمدى فلم يفطر الا
مالك واختلفوا في القبلة للصائم فمنهم من أجازها ومنهم من كرها للشباب وأجازها
للشيخ. ومنهم من كرها على الاطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة
وأم سلمة أن النبي عليه الصلاة والسلام : كان يقبل وهو صائم ومن كرها فلما
يدعوا اليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر واحتجوا لذلك بما روى عن ميمونة
بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال : افطرا
جميعا خرج هذا الاثر الطحاوي ولكن ضعفه .

واما ما يقع من هذه من قبل الغلبة ومن قبل النسيان فالسكلام فيه عند الكلام
في المفطرات وأحكامها

وأما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالحجامة والقيء أما الحجامة فان فيها ثلاثة مذاهب قوم قالوا
انها تفطروا ان الامساك عنها واجب وبه قال أحمد ودواد والاوزاعي واسحاق بن راهويه
وقوم قالوا انها مكروهة للصائم وليست تفطرو به قال مالك والشافعي والثوري
وقوم قالوا انها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وسبب
اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان أحدهما

ماروى من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه الصلاة والسلام قال : افطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه أحمد والحديث الثانى حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس بهذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الترجيح ، والثانى مذهب الجمع ، والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم النسخ من المنسوخ . فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكما وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع لان الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحتمل أن يكون ناسخاً ويحتمل أن يكون منسوخاً وذلك شك والشك لا يوجب عملاً ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثراً في العلم ، ومن رام الجمع بينهما حل حديث النهى على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الحظر . ومن اسقطهما للتعارض قال باباحة الاحتجام للصائم واما التقي فان جمهور الفقهاء على ان من ذرعه التقي فليس بمفطر الا ربعة فانه قال انه مفطر وجمهورهم أيضا على أن من استقاء فقاء فانه مفطر الا طواس . وسبب اختلافهم مايتوهم من التعارض بين الاحاديث الواردة في هذه المسئلة واختلافهم أيضا في تصحيحها وذلك انه ورد في الباب حديثان أحدهما حديث أبى الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر قال معدان فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فقلت له ان أبا الدرداء حدثني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر فقال صدق أنا صييت له وضوؤه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذى والاخر حديث أبى هريرة خرجه الترمذى وأبو داود ايضا ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : من ذرعه التقي وهو صائم فليس عليه قضاء وان استقاء فعليه القضاء وروى موقوفا على ابن عمر فمن لم يصح عنده الاثر ان كلاهما قال ليس فيه فطر أصلا ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبى هريرة أوجب الفطر من التقي . باطلاق ولم يفرق بين ان يستقيء او لا يستقيء . ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبى هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين التقي والاستقاء وهو الذى عليه الجمهور .

(الركن الثالث وهو النية)

والنظر في النية شرط في مواضع منها هل هي شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وان

كانت شرطاً فما الذي يجزى من تعيينها وهل يجب تحديدها في كل يوم من أيام رمضان أم يكفي في ذلك النية الواقعة في اليوم الأول وإذا أوقعها المكلف فأى وقت إذا وقعت فيه صح الصوم وإذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية يوجب الفطر وإن لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها أما كون النية شرطاً في صحة الصيام فإنه قول الجمهور. وشذ زفر فقال لا يحتاج رمضان الى نية إلا أن يكون الذي يدركه صيام شهر رمضان مريضاً أو مسافراً فيريد الصوم ^{بها} والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية ومن رأى أنها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وإن لم ينو لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف وكأنه لما رأى أن أيام رمضان لا يجوز فيها الفطر رأى أن كل صوم يقع فيها ينقلب صوماً شرعياً وإن هذائى يخص هذا الأيام. وأما اختلافهم في تعيين النية المجزية في ذلك فإن مالكاً قال لا بد في ذلك من تعيين صوم رمضان ولا يكفي اعتقاد الصوم مطلقاً ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال أبو حنيفة إن اعتقد مطلق الصوم أجزاءه وكذلك إن نوى فيه صيام غير رمضان أجزاءه وانقلب الى صيام رمضان إلا أن يكون مسافراً فإنه اذا نوى المسافر عنده في رمضان صيام غير رمضان كان ما نوى لأنه لم يجب عليه صوم رمضان وجوباً معيناً ولم يفرق أصحابه بين المسافر والحاضر وقال كل صوم نوى في رمضان انقلب الى رمضان ^{بها} وسبب اختلافهم هل الكافي في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة أو تعيين شخصها وذلك أن كلا الأمرين موجود في الشرع مثال ذلك ان النية في الوضوء يكفي منها اعتقاد رفع الحدث لاى شيء كان من العبادات التى الوضوء شرط في صحتها وليس يختص عبادة عبادة بوضوء وضوء، وأما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة فلا بد من تعيين الصلاة ان عصراً فصراً وإن ظهراً فظهراً وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسيتين فمن ألحقه بالجنس الواحد قال يكفي في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن ألحقه بالجنس الثانى اشترط تعيين الصوم. واختلافهم أيضاً في اذا نوى في أيام رمضان صوماً آخر هل ينقلب أو لا ينقلب سببه أيضاً ان من العبادة عندهم ما ينقلب من قبل ان الوقت الذى توقع فيه يختص بالعبادة التى تنقلب اليه ومنها ما ليس ينقلب أما التى لا تنقلب فأكثرها. وأما التى تنقلب باتفاق فالحج وذلك أنهم قالوا اذا ابتدأ الحج تطوعاً من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى الفرض ولم يقولوا ذلك في الصلاة ولا في غيرها فمن شبه الصوم بالحج قال ينقلب وأى شبهه بغيره من العبادات قال لا ينقلب وأما اختلافهم في وقت النية فإن مالكاً ومن

أنه لا يجزى الصيام الابنية قبل الفجر وذلك في جميع أنواع الصوم. وقال الشافعي تجزى النية بعد الفجر في النافلة ولا تجزى في الفروض، وقال أبو حنيفة تجزى النية بعد الفجر في الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان وتذر أيام محدودة وكذلك في النافلة ولا يجزى في الواجب في الذمة ^ب والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في ذلك. أما الآثار المتعارضة في ذلك فأحدها ما خرجه البخاري عن حفصة أنه قال عليه الصلاة والسلام : من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفاً قال أبو عمر حديث حفصة في اسناده اضطراب. والثاني ما رواه مسلم عن عائشة قالت قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم : يا عائشة هل عندكم شيء قالت قلت يا رسول الله ما عندنا شيء قال فأتني صائم ولحديث معاوية أنه قال على المنبر يا أهل المدينة إن علماءكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اليوم هذا يوم عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وأنا صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بحديث حفصة. ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والفرض أعنى حمل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل ، وإنما فرق أبو حنيفة بين الواجب المعين والواجب في الذمة لأن الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية في التمين والذي في الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب أن التمين بالنية. وجهور الفقهاء على أنه ليس الطهارة من الجنابة شرطاً في صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وأم سلمة زوجتي النبي صلى الله عليه وسلم أنهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم . يصبح جنباً من جماع غير احتلام في رمضان ثم يصوم ومن الحجة لهم الإجماع على أن الاحتلام بالنهار لا يفسد الصوم وروى عن إبراهيم النخعي وعروة ابن الزبير وطاوس أنه ان تعمد ذلك أفسد صومه ^ب وسبب اختلافهم ما روى عن أبي هريرة أنه كان يقول : من أصبح جنباً في رمضان افطر وروى عنه أنه قال ما أنا قلته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من أصحاب مالك أن الحائض إذا طهرت قبل الفجر فأخرت الغسل أن يومها يوم فطر وأقاريل هؤلاء شاذة ومردودة بالسنة المشهورة الثابتة .

(القسم الثاني من الصوم المفروض)

وهو الكلام في الفطر وأحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة أقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف في ذلك بين المسلمين وصنف لا يجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء تتعلق به أحكام أما الذين

يجوز لهم الامران فالمرضى باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التقسيم كله مجمع . عليه فاما المسافر فالنظر فيه في مواضع منها هل أن صام أجزاء صومه أم ليس يجزيه، وهل ان كان يجزى المسافر صومه الا فضل له الصوم أو الفطر أو هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود ام في كل ما ينطلق عليه اسم السفر في وضع اللغة . ومتى بفطر المسافر . ومتى يمك . وهل اذا مر بعض الشهر له أن ينشئ السفر أم لا ثم اذا فطر ما حكمه . وأما المريض فالنظر فيه ايضا في تحديد المرض الذي يجوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر .

(وأما المسئلة الاولى) وهي ان صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن فرضه أم لا فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه وأجزاءه . وذهب أهل الظاهر الى انه لا يجزيه وان فرضه هو أيام أخر . والسبب في اختلافهم تردد قوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف أصلا أو يحمل على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من أيام أخر وهذا الحذف في الكلام هو الذي يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن الخطاب فمن حمل الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من أيام أخر لقوله تعالى فعدة من أيام أخر . ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام اخر اذا أفطروا كلا الفريقين يرجح تأويله بالآثار الشاهدة لكلا المفهومين وان كان الاصل هو أن يحمل الشيء على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز . أما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث أنس قال سافرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم وبما ثبت عنه أيضا أنه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم . وأهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : خرج الى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر فافطر الناس وكانوا يأخذون بالاحداث فالاحداث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم . قال أبو عمر والحجة على أهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام أجزاء صومه (وأما المسئلة الثانية) وهي هل الصوم أفضل او الفطر اذا قلنا انه من أهل الفطر على مذهب الجمهور فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى الصوم أفضل ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة . وبعضهم رأى أن الفطر أفضل ومن قال بهذا احد وجاعة . وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وأنه ليس أحدهما أفضل . والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ومعارضة المنقول بعضه

لبعض وذلك أن المعنى المعقول من اجازة الفطر للصائم إنما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالأفضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمر والاسلمى خرج به مسلم أنه قال يا رسول الله اجد في قوة على الصيام في السفر فهل على من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هي رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه.

وأما ماورد من قوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر أن تصوم في السفر ومن أن آخر فعله عليه الصلاة والسلام كان الفطر فيوهم أن الفطر أفضل لكن الفطر لما كان ليس حكماً وإنما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يضعوا المباح أفضل من الحكم. وأما من خير في ذلك فلمكان حديث عائشة قالت سألت حمزة بن عمر والاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام في السفر فقال : إن شئت فصم وإن شئت فافطر خرج به مسلم .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي هل الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود أو في سفر غير محدود فإن العلماء اختلفوا فيها. فذهب الجمهور الى انه إنما يفطر في السفر الذي تقصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم في هذه المسئلة وذهب قوم الى انه يفطر في كل ما ينطلق عليه اسم سفر وهم أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ ان كل ما ينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما المعنى المعقول من اجازة الفطر في السفر فهو المشقة. ولما كانت لا توجد في كل سفر وجب أن يجوز الفطر في السفر الذي فيه المشقة ولما كان الصحابة كأئمتهم يجمعون على الحد في ذلك وجب أن يقاس ذلك على الحد في تقصير الصلاة.

وأما المرض الذي يجوز فيه الفطر فانهم اختلفوا فيه أيضاً فذهب قوم الى انه المرض الذي يلحق من الصوم فيه مشقة وضرورة وبه قال مالك وذهب قوم الى انه المرض الغالب وبه قال أحمد. وقال قوم اذا انطلق عليه اسم المريض أفطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في حد السفر.

(وأما المسئلة الخامسة) وهي متى يفطر المسافر ومتى يمك فان قوما قالوا يفطر يومه الذي خرج فيه مسافراً وبه قال الشعبي والحسن وأحمد. وقالت طائفة لا يفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار. واستحب جماعة العلماء لمن علم انه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائماً. وبعضهم في ذلك أكثر تشديداً من بعض وكلامهم لم يوجبوا على من دخل مفطراً كفارة واختلفوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النهار.

فذهب مالك والشافعي الى انه يتمادي على فطره. وقال أبو حنيفة واصحابه يكف عن الاكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الاكل والسبب في اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه المسافر هو معارضة الاثر للنظر. أما الاثر فانه ثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وافطر الناس معه وظاهر هذا انه افطر بعد أن بيت الصوم وأما الناس فلا يشك انهم افطروا بعد نبييتهم الصوم وفي هذا المعنى أيضا حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فصار حتى بلغ كراع العميم وصام الناس ثم دعا بقدرج من ماء فرفعه حتى نظر الناس اليه ثم شرب ف قيل له بعد ذلك ان بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة وخرج أبو داود عن أبي نصره الغفاري انه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوى الحديث فقلت ألسنت تؤم البيوت فقال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فاكل .

وأما النظر فلما كان المسافر لا يجوز له الا أن يبيت الصوم ليلة سفره لم يجزله أن يطل صومه وقديته لقوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم)

وأما اختلافهم في امساك الداخل في اثناء النهار عن الاكل أولا امساكه فالسبب فيه اختلافهم في تشبيهه من يطأ عليه في يوم شك افطر فيه الثبوت انه من رمضان فمن شبهه به قال يمساك عن الاكل ومن لم يشبهه به قال لا يمساك عن الاكل لان الاول أكل لموضع الجهل وهذا اكل لسبب مبيح او موجب للاكل. والخفية تقول كلاهما سبيان موجبان للامساك عن الاكل بعد اباحة الاكل.

(وأما المسئلة السادسة) وهي هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفرا ثم لا يصوم فيه فان الجمهور على انه يجوز ذلك له وروى عن بعضهم وهو عبدة السلماني وسويد بن غفلة وابن مجاز انه ان سافر فيه صام ولم يحيزوا له الفطر والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (من شهد منكم الشهر فليصمه) وذلك انه يحتمل ان يفهم منه أن من شهد بعض الشهر قالوا يجب عليه أن يصومه كله ويحتمل أن يفهم منه أن من شهد ان الواجب أن يصوم ذلك البعض الذي شهد وذلك أنه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهد كله فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور انشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان. وأما حكم المسافر اذا فطر فهو القضاء بانفاق وكذلك المريض لقوله تعالى « فعدة من أيام أخر » ما عدا المريض باغماء أو جنون فانهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وفقهاء الامصار على وجوبه على المغمى عليه. واختلفوا في المجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله

عليه الصلاة والسلام : وعن المجنون حتى يفيق والذين أوجبوا عليهما القضاء اختلفوا في كون الاغماء والجنون مقسدا للصوم فقوم قالوا انه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين أن يكون اغمى عليه بعد الفجر او قبل الفجر وقوم قالوا ان اغمى عليه بعد مضي أكثر النهار اجزأه وان اغمى عليه في أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فان الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون واذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولا صائم فكيف يقال في الصفة التي ترفع التكليف انها مبطله للصوم الا كما يقال في الميت أو فيمن لا يصح منه العمل انه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان ما عليهما متتابعاً أم لا ومنها ماذا عليهما اذا آخر القضاء بغير عذر الى ان يدخل رمضان آخر ومنها اذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما وليهما أولاً يصوم

(اما المسئلة الاولى) فان بعضهم اوجب ان يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهؤلاء منهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك ايجاب التتابع ^٢ وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك ان القياس يقتضي أن يكون الاداء على صفة القضاء اصل ذلك الصلاة والحج واما ظاهر قوله تعالى فعدة من ايام اخر فانما يقتضي ايجاب العدد فقط لا ايجاب التتابع وروى عن عائشة أنها قالت نزلت فعدة من ايام اخر متتابعات فسقطا متتابعات واما اذا آخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي واحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصري وابراهيم النخعي ^٣ وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض ام لا فمن لم يجز القياس في الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن اجاز القياس في الكفارات قال عليه كفارة قياساً على من أفطر متعمداً لان كليهما مستهين بحرمة الصوم أما هذا فيترك القضاء زمان القضاء وأما ذلك فبالاكل في يوم لا يجوز فيه الاكل وانما كان يكون القياس مستنداً لو ثبت أن للقضاء زماناً محدوداً بنص من الشارع لان أزمته الاداء هي المحدودة في الشرع وقد شد قوم فقالوا اذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخر انه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص وأما اذا مات وعليه صوم فان قوما قالوا لا يصوم أحد عن أحد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم قالوا يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الا أن يوصى به وهو قول مالك وقال أبو حنيفة يصوم فان لم يستطع أطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض فقالوا يصوم عنه وليه في النذر ولا يصوم

في الصيام المفروض * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للآثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة انه قال عليه السلام : من مات وعليه صيام صامه عنه وليه خروجه مسلم وثبت عنه أيضا من حديث ابن عباس انه قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال : لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله أحق بالقضاء فمن رأى أن الأصول تعارضه وذلك انه كما انه لا يصلي أحد عن أحد ولا يتوضأ أحد عن أحد كذلك لا يصوم أحد عن أحد قال لا صيام على الولي ومن أخذ بالنص في ذلك قال بإيجاب الصيام عليه ومن لم يأخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه في رمضان وأما من أوجب الاطعام فصيرا الى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية الآية ومن خير في ذلك فجما بين الآية والآثر فهذه هي أحكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم

وأما باقي هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فإن فيه مسئلتين مشهورتين : أحدهما الحامل والمرضع اذا أفطرتا ماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب ، أحدها انهما يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس ، والقول الثاني انهما يقضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور . والثالث انهما يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي والقول الرابع ان الحامل تقضى ولا تطعم والمرضع تقضى وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذي يجهد الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذي يجهد الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مساكين الآية وأما من جمع عليهما الامرين فيشبه أن يكون رأى فيهما من كل واحد شبها فقال عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة ما فيهما من شبه الذين يجهدون الصيام ويشبه أن يكون شبههما بالفطر الصحيح لكن يضاف هذا فان الصحيح لا يباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع ألحق الحامل بالمريض وأبقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذي يجهد الصوم أو شبههما بالصحيح ومن أفرد لهما أحد الحكمين أولى والله اعلم ممن جمع كما ان من أفردهما بالقضاء أولى مما أفردهما بالاطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فانه بين

واما الشيخ الكبير والعجوز الاذان لا يقدران على الصيام فانهم
اجمعوا على ان لهما ان يفطرا واختلفوا فيما عليهما اذا افطرا فقال قوم عليهما
وقال قوم ليس عليهما اطعام وبالاول قال الشافعي وابو حنيفة وبالنسائي قال
مالك الا انه استعجه واكثر من راي الاطعام عليهما يقول مدأ عن كل يوم وقيل
ان حفن حنات كما كان انس يصنع اجزاء في سبب اختلافهم في القراءة التي
ذكرنا اعنى قراءة من قرأ على الذين يطبقونه فن اوجب العمل بالقراءة التي
لم تثبت في المصحف اذا وردت من طريق الاحاد المعدول قال الشيخ منهم من لم
يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذي يتهدى به المرض حتى يموت فهذه هي
احكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر اعنى احكامهم المشهورة التي اكثرها
منطوق به اولها تعلق بالمنطوق به في الصنف الذي يجوز له الفطر

واما النظر في احكام الصنف الذي لا يجوز له الفطر اذا افطر فان النظر في ذلك
يتوجه الى من يفطر بجماع والى من يفطر بغير جماع والى من يفطر بامر متفق عليه
والى من يفطر بامر مختلف فيه اعنى بشبهة او بغير شبهة وكل واحد من هذين اما ان
يكون على طريق السهو او طريق العمد او طريق الاختيار او طريق الاكراه
اما من افطر بجماع متعمداً في رمضان فان الجمهور على ان الواجب عليه القضاء والكفارة لما
ثبت من حديث ابي هريرة انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكك
يا رسول الله قال وما اهلكك قال وقعت على امرأتي في رمضان قال هل تجد ما تعق به
وقبة قال لا قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم به ستين
مسكيناً قال لا ثم جلس فأتى النبي صلى الله عليه وسلم بفرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال اعلى
أفقر مني فما بين لابتيها اهل بيت احوج اليه منا قال فضحك النبي صلى الله عليه وسلم
حتى بدت انياباه ثم قال اذهب فاطعمه اهلك واختلفوا من ذلك في مواضع . منها هل
الافطار متعمداً بالاكل والشرب حكمه حكم الافطار بالجماع في القضاء والكفارة ام لا .
ومنها اذا جامع ساهياً ماذا عليه . ومنها ماذا على المرأة اذا لم تكن مكرهة . ومنها هل
الكفارة الواجبة فيه مترتبة او على التخيير . ومنها كم المقدار الذي يجب ان يعطى كل
مسكين اذا كفر بالاطعام . ومنها هل الكفارة متكررة بتكرر الجماع ام لا ، ومنها اذا
لزمه الاطعام وكان معسراً هل يلزمه الاطعام اذا اثرى ام لا . وشذ قوم فلم يوجبوا على
المفطر عمداً بالجماع الا القضاء فقط اما لانه لم يبلغهم هذا الحديث واما لانه لم يكن
الامر عزيمة في هذا الحديث لانه لو كان عزيمة لوجب اذا لم يستطع الاعتاق او الاطعام
ان يصوم ولا يد اذا كان صحيحاً على ظاهر الحديث وايضاً لو كان عزيمة لاعلمه عليه السلام

لأنه إذا صح أنه يجب عليه الصيام أن لو كان مريضاً ، وكذلك شذوقهم أيضاً فقالوا ليس عليه إلا الكفارة فقط إذ ليس في الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب إنما هو لمن أفطر ممن يجوز له الفطر أو ممن لا يجوز له الصوم على الاختلاف الذي نقررناه قبل في ذلك . فاما من أفطر متعمداً فليس في إيجاب القضاء عليه نص فيلحق في قضاء المتعمد الخلاف الذي لحق في قضاء تارك الصلاة عمداً حتى خرج وقتها إلا أن الخلاف في هاتين المسألتين شاذ ، وأما الخلاف المشهور فهو في المسائل التي عددناها قبل .

(أما المسئلة الأولى) وهي هل تجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمداً فان مالكا وأصحابه وأبا حنيفة وأصحابه والثوري وجماعة ذهبوا الى أن من أفطر متعمداً بأكـل أو شرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة في هذا الحديث ، وذهب الشافعي وأحمد وأهل الظاهر الى أن الكفارة إنما تلزم في الافطار من الجماع فقط والسبب في اختلافهم اختلافهم في جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رأى أن شبهتهما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحداً ومن رأى أنه وإن كانت الكفارة عقاباً لانتهاك الحرمة فإنها أشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك أن العقاب المقصود به الردع والعقاب الأكبر قد يوضع لما إليه النفس أميل وهو لها أغلب من الجنايات وإن كانت الجناية متقاربة إذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وإن يكونوا اختياراً عدولاً كما قال تعالى (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا إذا كان ممن يرى القياس . وأما من لا يرى القياس فامرء بين أنه ليس يعدى حكم الجماع الى الاكل والشرب . وأما ما روى مالك في الموطاء أن رجلاً أفطر في رمضان فامرء النبي عليه الصلاة والسلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لأن قول الراوي فافطر هو مجمل والمجمل ليس له صوم فيؤخذ به لكن هذا قول على أن الراوي كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذا كرر النوع من الفطر الذي أفطر به .

(وأما المسئلة الثانية) وهو إذا جامع ناسياً لصومه فان الشافعي وأبا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة ، وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة . وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة . وسبب اختلافهم في قضاء الناسي معارضة ظاهر الأثر في ذلك للقياس .

أما القياس فهو تشبيه ناسي الصوم بناسي الصلاة فمن شبهه بناسي الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسي الصلاة . وأما الأثر المعارض بظاهره لهذا القياس

فهو ما أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فإنما أطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن أن الشمس قد غربت فأفطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء أم لا وذلك أن هذا مخطيء والمخطيء والناسي حكمهما واحد فكيف ما قلنا فتأثير النسيان في إسقاط القضاء بين والله أعلم وذلك أنا إن قلنا إن الأصل هو أن لا يلزم الناسي قضاء حتى يدل الدليل على التزامه وجب أن يكون النسيان لا يوجب القضاء في الصوم إذ لا دليل هنا على ذلك بخلاف الأمر في الصلاة وإن قلنا إن الأصل هو إيجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسي فقد دل الدليل في حديث أبي هريرة على رفعه عن الناسي اللهم إلا أن يقول قائل إن الدليل الذي استثنى ناسي الصوم من ناسي سائر العبادات التي رفع عن تاركها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن إيجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وإنما القضاء عند الأكثر واجب بأمر متجدد.

وأما من أوجب القضاء والكفارة على الجميع ناسيا فضعيف فإن تأثير النسيان في إسقاط العقوبات بين في الشرع والكفارة من أنواع العقوبات وإنما أصارهم إلى ذلك أخذهم بمجمل الصفة المنقولة في الحديث أعني من أنه لم يذكر فيه أنه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من أوجب الكفارة على قائل الصيد نسيانا لم يحفظ أصله في هذا مع أن النص إنما جاء في المتمتع وقد كان يجب على أهل الظاهر أن يأخذوا بالمتفق عليه وهو إيجاب الكفارة على العامد إلى أن يدل الدليل على إيجابها على الناسي أو يأخذوا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم أصله وليس في مجمل ما نقل من حديث الأعرابي حجة، ومن قال من أهل الأصول إن ترك التفصيل في اختلاف الأحوال من الشارع بمنزلة العموم في الأقوال فضعيف فإن الشارع لم يحكم قط إلا على مفصل وإنما الاجمال في حقنا.

(وأما المسئلة الثالثة) وهو اختلافهم في وجوب الكفارة على المرأة إذا طأعته على الجماع فإن أبا حنيفة وأصحابه ومالكا وأصحابه أوجبوا عليها الكفارة، وقال الشافعي، وناوذا لا كفارة عليها به وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الاثر لقياس وذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة في الحديث بكفارة والقياس أنها مثل الرجل إذ كان كلاهما مكلفا.

(وأما المسئلة الرابعة) وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار أو

على التخيير وأعنى بالترتيب أن لا ينتقل المكلف الى واحد من الواجبات الخيرة الا بعد العجز عن الذى قبله وبالتخيير ان يفعل منها ما شاء ابتداء من غير عجز عن الآخر فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعتق أولا فان لم يجد فالصيام فان لم يستطع فالاطعام ؛ وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام أكثر من العتق ومن الصيام . وسبب اختلافهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار في ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابى المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر ما رواه مالك من أن رجلا أفطر في رمضان قاصره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا انها على التخيير اذا وانما يقتضى في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوى صاحب اذ كانوا هم أفعد بمفهوم الاحوال ودلالات الاقوال .

وأما الاقيسة المعارضة في ذلك فتشديدها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها أشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين وأخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوى وأما استحباب مالك الابتداء بالاطعام فمخالف لظواهر الآثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لانه رأى الصيام قد وقع بدله الاطعام في مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له أكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحجب هو وجاعة من العلماء لمن مات وعليه صوم أن يكفر بالاطعام عنه وهذا كانه من باب ترجيح القياس الذى تشهد له الاصول على الاثر الذى لا تشهد له الاصول .

(وأما المسئلة الخامسة) وهو اختلافهم في مقدار الاطعام فان مالك والشافعى وأصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مدا بمد النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجزى أقل من مدين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين . وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الاذى المنصوص عليها . وأما الاثر فما روى في بعض طرق حديث الكفارة أن الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الا دلالة ضعيفة وانما يدل على ان بدل الصيام في هذه الكفارة هو هذا القدر .

(وأما المسئلة السادسة) وهي تكرار الكفارة بتكرار الافطار فانهم أجمعوا على ان من وطئ في رمضان ثم كفر ثم وطئ في يوم آخر أن عليه كفارة أخرى وأجمعوا

على أنه من وطئ مرارا في يوم واحد أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة . واختلفوا
فيمن وطئ في يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ في يوم ثان فقال مالك والشافعي
وجاعة عليه لكل يوم كفارة . وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه كفارة واحدة ما لم يكفر
عن الجماع الأول . والسبب في اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود فمن شبهها بالحدود
قال كفارة واحدة تجزى في ذلك عن أفعال كثيرة كما يلزم الزاني جلد واحد وإن
زنى ألف مرة إذا لم يجد لواحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من
الأيام حكما منفردا بنفسه في تلك الصوم فيه أوجب في كل يوم كفارة . قالوا والفرق
بينهما أن الكفارة فيها نوع من القربة والحدود زجر محض .

(وأما المسئلة السابعة) وهي هل يجب عليه الاطعام إذا أيسر وكان معسرا في
وقت الوجوب فإن الاوزاعي قال لا شيء عليه إن كان معسرا ، وأما الشافعي فتردد في
ذلك . والسبب في اختلافهم في ذلك أنه حكم مسكوت عنه فيحتمل أن يشبه بالديون
فيعود الوجوب عليه في وقت الاثراء ويحتمل أن يقال لو كان ذلك واجبا عليه لبيته له
عليه الصلاة والسلام فهذه أحكام من أفطر متعمدا في رمضان مما أجمع على أنه مفطر
وأما من أفطر بما هو مختلف فيه فإن بعض من أوجب فيه الفطر أوجب فيه القضاء والكفارة
وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من الحجامة ومن الاستقاء ومن بلع
الحصاة ومثل المسافر يفطر أول يوم يخرج عنده من يرى أنه ليس له أن يفطر في ذلك اليوم فإن
مالكا أوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه في ذلك سائر فقهاء الامصار وجهور أصحابه .
وأما من أوجب القضاء والكفارة من الاستقاء فأبو ثور والاوزاعي وسائر
من يرى أن الاستقاء مفطر لا يوجبون الا القضاء فقط . والذي أوجب القضاء
والكفارة في الاحتجام من القائلين بأن الحجامة تفطر هو عطاء وحده . وسبب
هذا الخلاف أن المفطر بشئ فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر
فمن غلب أحد الشبهين أوجب له ذلك الحكم وهذا أن الشبهان الموجدان فيه
هما اللذان أوجبا فيه الخلاف أعنى هل هو مفطر أو غير مفطر ولكون الافطار
شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وإنما يوجب القضاء فقط ترع أبو حنيفة
إلى أنه من أفطر متعمدا للفطر ثم طرأ عليه في ذلك اليوم سبب ميسر للفطر أنه
لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمدا ثم تحيض باقى النهار وكالصحيح يفطر عمدا ثم
يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الامر في نفسه أعنى أنه مفطر في يوم
جاز له الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك أن كل واحد من هؤلاء قد كشف
له الغيب أنه افطر في يوم جاز له الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع أوجب

عليه الكفارة لانه حين أفطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعي ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من أكل وهو شاك في الفجر وايجابه القضاء والكفارة على من أكل وهو شاك في الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما. وانفق الجمهور على انه ليس في الفطر عmdا في قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان الاداء اغنى رمضان الا قتادة فانه أوجب عليه القضاء والكفارة وروى عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياسا على الحج الفاسد. وأجمعوا على أن من سنن الصوم تأخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر وأخروا السحور وقال تسحروا فان السحور بركة وقال عليه الصلاة والسلام : فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر وكذلك جمهورهم على أن من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن الرفث والختا : لقوله عليه الصلاة والسلام إنما الصوم جنة فإذا أصبح أحدكم صائما فلا يرفث ولا يجهل فان أمروا شاءه فليقل انى صائم، وذهب أهل الظاهر الى ان الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل وبقي القول في الصوم المندوب اليه وهو القسم الثاني من هذا الكتاب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿ كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه ﴾

والنظر في الصيام المندوب اليه هو في تلك الاركان الثلاثة، وفي حكم الافطار فيه. فاما الايام التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة أقسام أيام مرغب فيها، وأيام منهي عنها، وأيام مسكوت عنها ومن هذه ما هو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه.

أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء. وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والفرر من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر. أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : صامه وأمر بصيامه وقال فيه من كان أصبح صائما فليتم صومه ومن كان

أصبح مفطرا فليتيم بقية يومه . واختلفوا فيه هل هو التاسع أو العاشر . والسبب في ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال إذا رأيت هلال المحرم فاعده واصبح يوم اتاسع صائما قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروى أنه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وأمر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فإذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يأت العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وأما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي صلى الله عليه وسلم : أفطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف الناس في ذلك ، واختار الشافعي الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمعا بين الاثرين وخرج أبو داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة وأما الست من شوال فإنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من صام رمضان ثم أتبعه ستا من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا كره ذلك اما مخافة ان يلحق الناس برمضان ما ليس من رمضان واما لأنه لم يبلغه الحديث أو لم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحري صيام الثمر مع ما جاء فيها من الاثر مخافة ان يظن الجبال بها انها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يصوم من كل شهر ثلاثة أيام غير معينة وأنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما اكثر الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة أيام قال فقلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك قال خمساً قلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك قال سبعا قلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك قال تسعا قلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك قال أحد عشر قلت يا رسول الله إني أطيق أكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام : لا صوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وافطار يوم وخرج أبو داود انه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستتم قط شهرا بالصيام غير رمضان وان اكثر صيامه كان في شعبان .

وأما الايام المنهى عنها فمنها أيضا متفق عليها ومنها يختلف فيها . أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الاضحى لثبوت النهي عن صيامهما . وأما المختلف فيها فأيام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان وصيام الدهر . أما أيام التشريق فإن أهل الظاهر لم يحجزوا الصوم فيها ، وقوم أجازوا ذلك فيها . وقوم كرهوه وبه قال مالك الا انه أجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم في الحج وهو المتمتع وهذه الايام هي الثلاثة الايام التي بعد يوم النحر . والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه

بالصلاة والسلام : في أنها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على الوجوب أو على الندب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه ويشبه أن يكون من حمله على الندب إنما صار إلى ذلك وغلبه على الأصل الذي هو حمله على الوجوب لأنه رأى أنه إن حمله على الوجوب عارضه حديث أبي سعيد الخدري الثابت بدليل الخطاب وهو أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يصح الصيام في يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدليل الخطاب يقتضي أن ما عدا هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثاً لا فائدة فيه. وأما يوم الجمعة فإن قوماً لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك وأصحابه وجماعة، وقوم كرهوا صيامه إلا أن يصام قبله أو بعده ^١ والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فمنها حديث ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال وما رأيته يفطر يوم الجمعة وهو حديث صحيح، ومنها حديث جابر أن سائلاً سأل جابراً أسمعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يفرد يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم، ومنها حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يصوم أحدكم يوم الجمعة إلا أن يصوم قبله أو يصوم بعده خرجه أيضاً مسلم فمن أخذ بظاهر حديث ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقاً ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقاً ومن أخذ بحديث أبي هريرة جمع بين الحديثين أعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود.

وأما يوم الشك فإن جمهور العلماء على النهي عن صيام يوم الشك على أنه من رمضان لظواهر الأحاديث التي يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية أو بإكمال العدد إلا ما حكىناه عن ابن عمر. واختلفوا في تحريم صيامه تطوعاً فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم، ومن أجازوه فلأنه قد روى عليه السلام : صام شعبان كله ولما قد روى من أنه عليه السلام قال : لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين إلا أن يوافق ذلك صنوماً كان يصومه أحدكم فليصمه وكان الأئمة بن سعد يقول أنه إن صامه على أنه من رمضان ثم جاء الثبوت أنه من رمضان أجزأه وهذا دليل على أن النية تقع بعد الفجر في التحول من نية التطوع إلى نية الفرض.

وأما يوم السبت ^٢ فالسبب في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روى من أنه عليه السلام قال : لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم خرج أبو داود قالوا هو الحديث منسوخ نسخه حديث جويرية بنت الحرث أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل جاعياً يوم الجمعة وهي صائمة فقال صمت أمس فقالت لا فقال تريدن أن تصومي غد

قالت لا قال فافطرى وأما صيام الدهر فإنه قد ثبت النهى عن ذلك لكن مالك لم ير بذلك بأساً وعسى رأى النهى في ذلك إنما هو من باب خوف الضعف والمرض.

وأما صيام النصف الآخر من شعبان فإن قوما كرهوه ؛ وقوما أجازوه فن كرهوه فلما روى من أنه عليه السلام : قال لأصوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن أجازوه فلما روى عن أم سلمة قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يقرن شعبان بـرمضان وهذه الآثار خرجها الطحاوى .
وأما الركن الثانى وهو النية فلا أعلم ان احدا لم يشترط النية في صوم التطوع وإنما اختلفوا في وقت النية على ما تقدم .

وأما الركن الثالث وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينه الامساك الواجب في الصوم المفروض والاختلاف الذى هنالك لاحق ههنا .

وأما حكم الافطار في التطوع فانهم أجمعوا على انه ليس على من دخل في صيام تطوع فقطعه لعذر قضاء . واختلفوا اذا قطعه لغير عذر عامدا فوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء ، وقال الشافعى وجماعة ليس عليه قضاء . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان مالكا روى ان حفصة وعائشة زوجى النبي عليه الصلاة والسلام أصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدى لهما طعام فأفطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أقضيا يوما مكانه وعارض هذا حديث أم هانئ قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وأم هانئ عن يمينه قالت فجاءت الوليدة باناء فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناولة أم هانئ فشربت منه قالت يا رسول الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تقضين شيأ قالت لا قال فلا يضرك ان كان تطوعا واحتج الشافعى في هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم : فقلت أنا خبأت لك خبأ فقال أمانى كنت اريد الصيام ولكن قريبه وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولا اختلافهم أيضا في هذه المسئلة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع أو على حج التطوع وذلك انهم أجمعوا على ان من دخل في الحج والعمرة متطوعا يخرج منها ان عليه القضاء . وأجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت . وزعم من قاص الصوم على الصلاة انه أشبه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص في هذا المعنى وهوانه يلزم الفساد له المسير فيه الى آخره . واذا افطر في

التطوع ناسيا فالجمهور على أن لا قضاء عليه . وقال ابن علية عليه القضاء قياسا على الحج ولعل مالكا حمل حديث أم هانئ . على النسيان وحديث أم هانئ خرج أبو داود وكذلك خرج حديث عائشة بقريب من اللفظ الذي ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه .

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الاعتكاف)

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف في ذلك الا ما روى عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة أن لا يوفي شرطه وهو في رمضان أكثر منه في غيره وبخاصة في العشر الاواخر منه اذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص في موضع مخصوص وفي زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتترك مخصوصة . فاما العمل الذي يخصه ففيه قولان قيل أنه الصلاة وذكر الله وقرأة القرآن لا غير ذلك من أعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع أعمال القرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذا هو مذهب الثوري والاول هو مذهب الشافعي وأبو حنيفة * وسبب اختلافهم أن ذلك مسمى مسكوت عنه . أعنى أنه ليس فيه حد مشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الأفعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز للمعتكف الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخرية كلها أجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجنائز ويوصي أهله اذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجاس ذكره عبد الرزاق وروى عن عائشة خلاف هذا وهو ان السنة للمعتكف ان لا يشهد جنازة ولا يعود مريضا وهذا أيضا أحد ما أوجب الاختلاف في هذا المعنى .

وأما المواضع التي يكون الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف إلا في المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبي عليه السلام وبه قال حذيفة وصعبد بن المسيب وقال آخرون الاعتكاف عام في كل مسجد وبه قال الشافعي .

وأبو حنيفة والثوري وهو مشهور مذهب مالك، وقال آخرون لا اعتكاف إلا في مسجد فيه جمعة وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالك واجمع الكل على أن من شرط الاعتكاف المسجد إلا ما ذهب إليه ابن لبابة من أنه يصح في غير مسجد وإن مباشرة النساء إنما حرمت على المعتكف إذا اعتكف في المسجد إلا ما ذهب إليه أبو حنيفة من أن المرأة إنما تعتكف في مسجد بيتها وبسبب اختلافهم في اشتراط المسجد أو ترك اشتراطه هو الاحتمال الذي في قوله تعالى (ولا تبشروهن وائتم عاكفون في المساجد) بين أن يكون له دليل خطاب أم لا يكون له فمن قال له دليل خطاب قال لا اعتكاف إلا في مسجد وإن من شرط الاعتكاف ترك المباشرة، ومن قال ليس له دليل خطاب قال المفهوم منه أن الاعتكاف جائز في غير المسجد وأنه لا يمنع المباشرة لأن قائلها لو قال لا تعط فلانا شيئاً إذا كان داخل في الدار لكان مفهوماً دليل الخطاب بوجوب أن يعطيه إذا كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ. والجمهور على أن العكوف إنما أضيف إلى المساجد لأنها من شرطه وبما سبب اختلافهم في تخصيص بعض المساجد أو تعميمها فمعارضة العموم للقياس المخصص له فمن رجع العموم قال في كل مسجد على ظاهر الآية ومن انقذح له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم بقياس اشتراط أن يكون مسجداً فيه جمعة لئلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج إلى الجمعة أو مسجداً تشد إليه المطى مثل مسجد النبي صلى الله عليه وسلم الذي وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه إذ كانت غير مساوية له في الحرمة وبما سبب اختلافهم في اعتكاف المرأة فمعارضة القياس أيضاً للآثر وذلك أنه ثبت أن حفصة وعائشة وزينب أزواج النبي صلى الله عليه وسلم استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فاذن لهن حين ضربن أخيهن فيه فكان هذا الأثر دليلاً على جواز اعتكاف المرأة في المسجد وأما القياس المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك أنه لما كانت صلاة المرأة في بيتها أفضل منها في المسجد على ما جاء الخبر وجب أن يكون الاعتكاف في بيتها أفضل. قالوا وإنما يجوز للمرأة أن تعتكف في المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء في الأثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام معهما كما تسافر معه ولا تسافر مفردة وكأنه نحو من الجمع بين القياس والآثر. وأما زمان الاعتكاف فليس لا كثرة عندهم حد واجب وإن كان كلهم يختار العشر الأواخر من رمضان بل يجوز الدهر كله أما مطلقاً عند من لا يرى الصوم من شروطه وأما ما عدى الأيام التي لا يجوز صومها عند من يرى الصوم من شروطه. وأما أقله فأنهم اختلفوا فيه. وكذلك اختلفوا في الوقت الذي يدخل فيه

المعتكف لا اعتكافه وفي الوقت الذي يخرج فيه منه اما أقل زمان الاعتكاف فعند الشافعي وأبي حنيفة وأكثر الفقهاء انه لا حد له واختلف عن مالك في ذلك فقليل ثلاثة أيام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه أقله عشرة أيام وعند البغداديين من أصحابه ان العشرة استحباب وان أقله يوم وليلة * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للآثار اما القياس فانه من اعتقد ان من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا أقل من يوم وليلة اذ انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل . وأما الآثار المعارضة فما خرج به البخاري من أن عمر رضي الله عنه نذر أن يعتكف ليلة فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفي بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر . وأما اختلافهم في الوقت الذي يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر أياما معدودة أو يوما واحدا فان مالكا والشافعي وأبا حنيفة اتفقوا على أنه من نذر اعتكاف شهرانه يدخل المسجد قبل غروب الشمس وأما من نذر ان يعتكف يوما فان الشافعي قال من أراد ان يعتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها وأما مالك فقوله في اليوم والشهر واحد بعينه ، وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء ، وفرق أبو ثور بين نذر الليالي والايام فقال اذا نذر أن يعتكف عشرة أيام دخل قبل طلوع الفجر واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها . وقال الاوزاعي يدخل في اعتكافه بعد صلاة الصبح * والسبب في اختلافهم معارضة الاقيسة بعضها بعضها ومعارضة الآثار جميعها وذلك انه من رأى ان أول الشهر ليلة واعتبر الليالي قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالي قال يدخل قبل الفجر ومن رأى ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا أوجب من نذر يوما أن يدخل قبل غروب الشمس ومن رأى انه انما ينطلق على النهار أوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رأى ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين أن ينذر اياما أو ليالي والحق ان اسم اليوم في كلام العرب قديقال على النهار مفردا وقد يقال على الليل والنهار معا لكن يشبه أن يكون دلالة الاولى انما هي على النهار ودلالته على الليل بطريق الزوم . وأما الآثار المخالفة لهذه الاقيسة كلها فهو ما خرج به البخاري وغيره من أهل الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف في رمضان واذا صلى العداة دخل مكانه الذي كان يعتكف فيه . واهل وقت خروجه فان مالكا رأى ان يخرج المعتكف العشر الاواخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس أجزأه . وقال الشافعي وابو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجع الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه . وسبب الاختلاف هل

الليلة الباقية هي من حكم العشر أم لا . وأما شروطه فثلاث النية والصيام وترك مباشرة النساء . أما النية فلا أعلم فيها اختلافاً وأما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بالصوم . وقال الشافعي الاعتكاف جائز بغير صوم . ويقول مالك قال من الصحابة ابن عمرو بن عباس على خلاف عنه في ذلك ويقول الشافعي قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما والسبب في اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما وقع في رمضان فمن رأى ان الصوم المتكرر باعتكافه هو شرط في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى انه إنما اتفق ذلك اتفاقاً لا على ان ذلك كان مقصوداً له عليه الصلاة والسلام في الاعتكاف قال ليس بالصوم من شرطه ولذلك أيضاً سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم في آية واحدة وقد احتج الشافعي بحديث عمر المتقدم وهو انه أمره عليه الصلاة والسلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن بن اسحاق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ولا يمسه امرأة ولا يباشرها ولا يخرج إلا الى ما لا بد له منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال أبو عمر بن عبد البر لم يقل أحد في حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن بن اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الامر هكذا بطل أن يجري مجرى المسند . وأما الشرط الثالث وهي المباشرة فانهم أجمعوا على ان المعتكف اذا جامع عامداً بطل اعتكافه الا ما روى عن ابن لبابة في غير المسجد . واختلفوا فيه اذا جامع ناسياً . واختلفوا أيضاً في فساد الاعتكاف بما دون الجماع من القبلة والامس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال أبو حنيفة ليس في المباشرة فساد الا ان ينزل وتشافعي قولان ، أحدهما مثل قول مالك ، والثاني مثل قول أبي حنيفة رضي الله عنهما وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز له عموم أم لا وهو أحد أنواع الاسم المشترك فمن ذهب الى ان له عموماً قال ان المباشرة في قوله تعالى (ولا تبأشروهن واتم عاكفون في المساجد) ينطلق على الجماع وعلى مادونه ومن لم ير له عموماً وهو الأشهر الاكثر قال يدل اما على الجماع وأما على مادونه الجماع فاذا قلنا انه يدل على الجماع باجماع بطل أن يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والمجاز معاً ومن أجرى الانزال بمنزلة الوقاع فلانه في معناه ومن خالف فلانه لا ينطلق عليه الاسم حقيقة . واختلفوا فيما يجب على المجمع فقال الجمهور لا شيء عليه وقال قوم عليه كفارة فيهم قال كفارة المجمع في رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد . وقال قوم يتق رقة فان لم يجد

أهدى بدنة فان لم يحد تصدق بعشرين صاعا من تمر وأصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارة أم لا والظاهر انه لا يجوز. واختلفوا في مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه التتابع أم لا فقال مالك وأبو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك سببه والسبب في اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق .

وأما موانع الاعتكاف فاتفقوا على انها ماعدا الافعال التي هي أعمال المعتكف وانه لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد الا لحاجة الانسان أو ما هو في معناها مما تدعو اليه الضرورة لما ثبت من حديث عائشة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا اعتكف يدنى الى رأسه وهو في المسجد فأرجله وكان لا يدخل البيت الا لحاجة الانسان. واختلفوا اذا خرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعي ينتقض اعتكافه عند أول خروجه، وبعضهم رخص في الساعة وبعضهم في اليوم واختلفوا هل له ان يدخل بيتا غير بيت مسجده فرخص فيه بعضهم وهم الاكثر مالك والشافعي وأبو حنيفة ورأى بعضهم ان ذلك يبطل اعتكافه، وأجاز مالك له البيع والشراء وان يلى عقد النكاح وخالفه غيره في ذلك سببه والسبب في اختلافهم انه ليس في ذلك حدمنصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيهه ما لم يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه. واختلفوا أيضا هل للمعتكف أن يشترط فعل شيء مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه في الإباحة أم ليس ينفعه ذلك مثل ان يشترط شهود جنازة أو غير ذلك فاکثر الفقهاء على ان شرطه لا ينفعه وانه ان فعل بطل اعتكافه . وقال الشافعي ينفعه شرطه سببه والسبب في اختلافهم تشبيههم الاعتكاف بالحج في ان كليهما عبادة مائة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج إنما صار اليه من رآه لحديث ضباعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : أهلي بالحج واشترطى أن تحلى حيث حبستى لكن هذا الاصل مختلف فيه في الحج فالقياس عليه ضعيف عند الخصم المخالف له واختلفوا اذا اشترط التتابع في النذر أو كان التتابع لازما فطلق النذر عند من يرى ذلك ما هي الاشياء التي اذا قطعت الاعتكاف أو جبت الاستئناف أو البناء مثل المرض فان منهم من قال اذا قطع المرض الاعتكاف يبنى المعتكف وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي. ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما أحسب عندهم ان الحائض تبنى. واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج. وكذلك اختلفوا اذا جن المعتكف أو أغشى عليه هل يبنى أو ليس يبنى بل يستقبل سببه والسبب في اختلافهم في هذا الباب انه ليس في هذه الاشياء شيء محدود من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم بما اتفقوا

عليه بما اختلفوا فيه أعنى بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو في العبادات التي من شرطها التتابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على ان اعتكاف المتطوع اذا قطع لغير عذرانه يجب فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرة من شوال .

وأما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما أحسب والجمهور على أن من أتى كبيرة انقطع اعتكافه فهذه جملة ما رأينا ان ثبتته في أصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما .

كتاب الزكاة

والكلام المحيط بهذه العبادة بعد معرفة وجوبها ينحصر في خمس جل ، الجملة الاولى في معرفة من تجب عليه ، الثانية في معرفة ما تجب فيه من الاموال ، الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب ، الرابعة في معرفة متى تجب ومتى لا تجب ، الخامسة معرفة لمن تجب ولم يجب له فاما معرفة وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولا خلاف في ذلك

(الجملة الاولى) وأما على من تجب فانهم اتفقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكا تاما . واختلفوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والمييد وأهل الذمة والناقص الملك مثل الذي عليه الدين أو له الدين ومثل المال المحبس الاصل فاما الصغار فان قوما قالوا تجب الزكاة في أموالهم وبه قال على وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعي والثوري وأحد واسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء الامصار وقال قوم ليس في مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال النخعي والحسن وسعيد بن جبير من التابعين ، وفرق قوم بين ما تخرج الأرض وبين ما لا تخرج فقالوا عليه الزكاة فيما تخرجه الأرض وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك وهو أبو حنيفة وأصحابه ، وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة الا في الناض . وسبب اختلافهم في ايجاب الزكاة عليه أولا ايجابها هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام أم هي حق واجب للفقراء على الاغنياء فن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الاغنياء لم يعتبر في ذلك بلوغا من غيره .

وأما من فرق بين ماتخرجه الارض أولا تخرجه وبين الحنفى والظاهر فلا أعلم له مستنداً في هذا الوقت .

وأما أهل النعمة فإن الأكثر على أن لا زكاة على جميعهم إلا ما روت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى ثعلب أعنى أن يؤخذ منهم مثلاً ما يؤخذ من المسلمين في كل شيء . ومن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة وأحمد والثورى وليس عن مالك في ذلك قول وإنما صار هؤلاء لهذا لأنه ثبت أنه فعل عمر بن الخطاب بهم وكانهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الأصول تعارضه ، وأما العبيد فإن الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا لا زكاة في أموالهم أصلاً وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبى عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعى فيما حكاه ابن المنذر والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، وأوجب طائفة أخرى على العبد في ماله الزكاة وهو مروى عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهر وبعضهم وجهه من قال لا زكاة في مال العبد هم على أن لا زكاة في مال المكاتب حتى يعتق وقال أبو ثور في مال المكاتب الزكاة . وسبب اختلافهم في زكاة مال العبد اختلافهم في هل يملك العبد ملكاً تاماً أو غير تام فمن رأى أنه لا يملك ملكاً تاماً وإن السيد هو المالك أذ كان لا يخلو مال من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه لا واحد منهما يملكه ملكاً تاماً لا السيد أذ كانت يد العبد هي التي عليه لا يد السيد ولا العبد أيضاً لأن للسيد انتزاعه منه قال لا زكاة في ماله أصلاً ومن رأى أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيهاً بتصرف يد الحر قال الزكاة عليه لاسيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الأحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد في المال ، وأما المالكون الذين عليهم الديون التي تستغرق أموالهم أو تستغرق ما تجب فيه الزكاة من أموالهم وبايديهم أموال تجب فيها الزكاة فإنهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لا زكاة في مال حيا كان أو غيره حتى تخرج منه الديون فإن بقي ما تجب فيه الزكاة زكى والا فلا وبه قال الثورى وأبو ثور وابن المبارك وجماعة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب ويمنع ما سواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط إلا أن يكون له عروض فيها وفاء من دينه فإنه لا يمنع ، وقال قوم بمقابل القول الأول وهو أن الدين لا يمنع زكاة أصلاً . والسبب في اختلافهم اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب في المال للمساكين فمن رأى أنها حق لهم قال لا زكاة في مال من عليه الدين لأن حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذى المال بيده ومن قال هي عبادة قال تجب على من بيده مال لأن ذلك هو

شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن وأيضاً فإنه قد تعارض هنالك حقان حق لله وحق للأدنى وحق لله أحق أن يقضى والأشبه بفرض الشرع إسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام : فيها صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغنى . وأما من فرق بين الجبوب وغير الجبوب وبين الناض وغير الناض فلا أعلم له شبهة بينة وقد كان أبو عبيد يقول إنه إن كان لا يعلم أن عليه ديناً إلا بقوله لم يصدق وإن علم أن عليه ديناً لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافاً لمن يقول بإسقاط الدين الزكاة وإنما هو خلاف لمن يقول يصدق في الدين كما يصدق في المال وأما المال الذي هو في الذمة أعني في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه أيضاً فقوم قالوا لازكاة فيه وإن قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو أحد قولي الشافعي وبه قال الليث أو هو قياس قوله . وقوم قالوا إذا قبضه زكاه ما مضى من السنين ، وقال مالك يزكي الحول واحد وإن أقام عند المديان سنين إذا كان أصله عن عوض وأما إذا كان عن غير عوض مثل الميراث فإنه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل في ذلك * ومن هذا الباب اختلافهم في زكاة الثمار المحبسة الأصول وفي زكاة الأرض المستأجرة على من تجب زكاة ما يخرج منها هل على صاحب الأرض أو صاحب الزرع . ومن ذلك اختلافهم في أرض الحراج إذا انتقلت من أهل الحراج إلى المسلمين وهم أهل العشر وفي أرض العشر وهي أرض المسلمين إذا انتقلت إلى الحراج أعني أهل الذمة وذلك أنه يشبه أن يكون سبب الخلاف في هذا كله أنها أملاك ناقصة .

(أما المسئلة الأولى) وهي زكاة الثمار المحبسة الأصول فإن مالكا والشافعي كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لازكاة فيها وفرق قوم بين أن تكون محبسة على الساكنين وبين أن تكون على قوم باعياتهم فوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم باعياتهم ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على الساكنين ولا معنى لمن أوجبها على الساكنين لأنه يجتمع في ذلك شيان اثنان أحدهما أنها ملك ناقص والثانية أنها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف إليهم الصدقة لأمّن الذين تجب عليهم .

(وأما المسئلة الثانية) وهي الأرض المستأجرة على من تجب زكاة ما يخرجها فإن قوماً قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي والثوري وابن المبارك وأبو ثور وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الزكاة على رب الأرض وليس على المستأجر منه شيء والسبب في اختلافهم هل العشر حق الأرض أو حق الزرع أو حق مجموعهما إلا أنه لم يقل أحد أنه حق

لجميعها وهو في الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد الامرين اختلفوا في أيهما أولى أن ينسب الى الموضع الذي فيه الاتفاق وهو ككون الزرع والارض لملك واحد . فذهب الجمهور الى أنه الشيء الذي تجب فيه الزكاة وهو الحب، وذهب أبو حنيفة الى أنه للشيء الذي هو أصل الوجوب وهو الارض . وأما اختلافهم في أخرج الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فان الجمهور على ان فيها العشر أعني الزكاة، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشر . وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض أو حق الحب فان قلنا انه حق الارض لم يجمع فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب وإنما يجيء هذا الخلاف فيها لأنها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء في جواز بيع أرض الخراج . وأما اذا انتقلت أرض العشر الى الذمي يزرعها فان الجمهور على انه ليس فيها شيء . وقال النعمان اذا اشترى الذمي أرض عشر تحولت أرض خراج فكانه رأى ان العشر هو حق أرض المسلمين والخراج هو حق أرض الذميين . لكن كان يجب على هذا الأصل اذا انتقلت أرض الخراج الى المسلمين ان تعود أرض عشر كما ان عنده اذا انتقلت أرض العشر الى الذمي عادت أرض خراج وتعلق بالمالك مسائل ألبق الموضع بذكرها هو هذا الباب ، أحدها اذا أخرج المرء الزكاة فضاقت ، والثانية اذا أمكن إخراجها فهلك بعض المال قبل الإخراج . والثالثة اذا مات وعليه زكاة . والرابعة اذا باع الزرع أو الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا وهبه .

(فاما المسئلة الاولى) وهي اذا أخرج الزكاة فضاقت فان قوما قالوا تجزى عنه، وقوم قالوا هو لها ضامن حتى يضمها موضعها، وقوم فرقوا بين ان يخرجها بمسد ان أمكنه إخراجها وبين ان يخرجها أول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم ان أخرجها بعد أيام من الامكان والوجوب ضمن وإن أخرجها في أول الوجوب ولم يقع منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك، وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى مابقى وبه قال أبو ثور والشافعي . وقال قوم بل يعد الذاهب من الجميع . ويبقى المساكين ورب المال شريكين في الباقي بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقىان شريكين على تلك النسبة في الباقي . فيتحصل في المسئلة خمسة أقوال . قول أنه لا يضمن باطلاق . وقول أنه يضمن باطلاق . وقول ان فرط ضمن وان يفرط لم يضمن . وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى مابقى . والقول الخامس يكونان شريكين في الباقي .

(وأما المسئلة الثانية) إذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم قالوا يزكى ما بقي، وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضع بعض مالهما في السبب في اختلافهم تشبيه الزكاة بالديون أعنى أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال أو تشبيهها بالحقوق التي تتعلق بعين المال لا بذمة الذي يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكي الزكاة بالامناء قال إذا أخرج فمالك المخرج فلا شيء عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفريط والتفريط ألحقهم بالامناء من جميع الوجوه إذا كان الامين يضمن إذا فرط، وأما من قال إذا لم يفرط يزكى ما بقي فإنه شبه من هلك بعض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما أنه إذا وجبت الزكاة عليه فإنما يزكى الموجود فقط كذلك هذا إنما يزكى الموجود من ماله فقط . وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والامين والشريك ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب. وأما إذا وجبت الزكاة وتمكن من الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيها أحسب انه ضامن الا في الماشية عند من رأى أن وجوبها إنما يتم بشرط خروج الساعي مع الحول وهو مذهب مالك .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي إذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فإن قوما قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور، وقوم قالوا إن أوصى بها أخرجت عنه من الثلث والا فلا شيء عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها إن ضاق الثلث ، ومنهم من قال لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعا ولكن المشهور أنها بمنزلة الوصية. وأما اختلافهم في المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فإن قوما قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشتري بقيمته على البائع وبه قال أبو ثور وقال قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة المشتري بالخيار بين انفاذ البيع ورده والعشر مأخوذ من الثمرة أو من الحب الذي وجبت فيه الزكاة، وقال مالك الزكاة على البائع . وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته واتلاف عينه فمن شبهه بذلك قال الزكاة مترتبة في ذمة المتلف والمفوت ومن قال البيع ليس باتلاف لعين المال ولا تفويت له وإنما هو بمنزلة من باع ما ليس له قال الزكاة في عين المال ثم هل البيع مفسوخ أو غير مفسوخ نظر آخر يذكر في باب البيوع إن شاء الله تعالى . ومن هذا النوع اختلافهم في زكاة المال الموهوب وفي بعض هذه المسائل التي ذكرنا تفصيل في المذهب لم نر أن تتعرض له إذ كان ذلك غير موافق لغرضنا مع انه يصرف فيها إعطاء أسباب تلك الفروق لأنها أكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التي تركى من التي لا تركى

والديون المسقطه للزكاة من التي لا تسقطها فهذا ما رأينا أن نذكره في هذه الجملة وهي معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التي تجب به وأحكام من تجب عليه وقد بقي من أحكامه حكم مشهور وهو ماذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها فذهب أبو بكر رضي الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم في مانع الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسبي ذريتهم وخالفه في ذلك عمر رضي الله عنه وأطلق من كان استرق منهم ويقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها * وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذي هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أو من شرطه وجود العمل معه فمنهم من رأى أن من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة اذا صدق بها فحكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم أهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعنى في اعتقاد الايمان الذي ضده الكفر من الاعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم: أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله ويؤمنوا بي فاشترط مع العلم بالقول وهو عمل من الاعمال فمن شبه سائر الافعال الواجبة بالقول قال جميع الاعمال المفروضة شرط في العلم الذي هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التي اتفق الجمهور على أنها ليست شرطاً في العلم الذي هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذي عليه الجمهور .

(الجملة الثانية) وأما ما تجب فيه الزكاة من الاموال فاتفقوا منها على أشياء واختلفوا في أشياء. أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليسنا بحلى وثلاثة أصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التبر والزبيب وفي الزيت خلاف شاذ . واختلفوا اما من الذهب ففي الحلى فقط وذلك أنه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعي الا انه لا زكاة فيه اذا أريد لازنة واللباس، وقال ابو حنيفة وأصحابه فيه زكاة * والسبب في اختلافهم تردد شبه بين العروض وبين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة في جميع الاشياء فمن شبه بالعروض التي المقصود منها المنافع أولاً قال ليس فيه زكاة ومن شبه بالتبر والفضة التي المقصود منها المعاملة بها أولاً قال فيه الزكاة ولاختلافهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في ذلك وذلك في انه روى جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : ليس في الحلى زكاة وروى عمر بن شعيب عن أبيه عن

جده ان امرأة أنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفي يد ابنتها مسك من ذهب فقال لها أتودين زكاة هذا قالت لا قال أسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار خلقتهما وألقتهما الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والاثران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الاملك لاختلافهم تردد الحلى المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منها أولا المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التي المقصود منها بالوضع الاول خلاف المقصود من التبر والفضة أعني الانتفاع بها لا المعاملة وأعني بالمعاملة كونها ثمنا . واختلف قول مالك في الحلى المتخذ للكراهة فمرة شبهه بالحلى المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة . وأما ما اختلفوا فيه من الحيوان فنه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صنفه اماما اختلفوا في نوعه فالجيل وذلك ان الجمهور على ان لازكاة في الحيل فذهب أبو حنيفة الى انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعني اذا كانت ذكرا نانا واناثا . والسبب في اختلافهم معارضة القياس للفظ وما يظن من معارضة اللفظ للفظ فيها أما اللفظ الذي يقتضى الا زكاة فيها فقوله عليه الصلاة والسلام : ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة . وأما القياس الذي عارض هذا العموم فهو أن الحيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل فاشبهه الابل والبقر . وأما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الحيل : ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فذهب أبو حنيفة الى أن حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها (قال القاضي) وأن يكون هذا اللفظ مجملا أخرى منه ان يكون عاما فيحتاج به في الزكاة وخالف أبا حنيفة في هذه المسئلة صاحباه أبو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضى الله عنه انه كان يأخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم . وأما ما اختلفوا في صنفه فهي السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قوما أوجبوا الزكاة في هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت أو غير سائمة وبه قال الليث ومالك . وقال سائر فقهاء الامصار لازكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الانواع . وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة القياس لعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه الصلاة والسلام في أربعين شاة وأما المقيد فقوله عليه الصلاة والسلام : في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه أن يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضا معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله عليه الصلاة والسلام : في سائمة الغنم الزكاة يقتضى أن لازكاة في غير السائمة وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : في أربعين شاة شاة يقتضى ان السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة

لكن العموم أقوى من دليل الخطاب كما ان تغليب المقيد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيد. وذهب أبو محمد بن حزم الى أن المطلق يقضى على المقيد وان في الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك في الابل لقوله عليه الصلاة والسلام : ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة وان البقر لما لم يثبت فيها أثر وجب أن يتمسك فيها بالاجماع وهو ان الزكاة في السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قول ثالث. وأما القياس المعارض للعموم قوله عليه الصلاة والسلام : فيها في أربعين شاة فهو ان السائمة هي التي المقصود منها النماء والربح وهو الموجود فيها أكثر ذلك والزكاة إنما هي فضلات الاموال والفضلات إنما توجد أكثر ذلك في الاموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فنخصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة في غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى ان العموم أقوى أوجب ذلك في الصنفين جميعاً فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التي تجب فيه الزكاة. وأجمعوا على انه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة الا العسل فانهم اختلفوا فيه فالجمهور على أنه لا زكاة فيه وقال قوم فيه زكاة * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح الاثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : في كل عشرة أوق زق خرجه الترمذي وغيره. وأما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف الاربعة التي ذكرناها فهو جنس النبات الذي تجب فيه الزكاة فمنهم من لم ير الزكاة الا في تلك الاربعة فقط وبه قال ابن أبي ليلى وسفيان الثوري وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة في جميع المدخر المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعي ومنهم قال الزكاة في كل ما تخرجه الارض ماعدا الحشيش والخطب والقصب وهو أبو حنيفة * وسبب الخلاف أما بين من قصر الزكاة على الاصناف المجمع عليها وبين من عداها الى المدخر المقتات فهو اختلافهم في تعاقب الزكاة بهذه الاصناف الاربعة هل هو لعينها أو لاملة فيها وهي الاقتيات فن قل لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لاملة الاقتيات عدى الوجوب لجميع المقتات * وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عداها الى جميع ما تخرجه الارض الا ما وقع عليه الاجماع من الحشيش والخطب والقصب هو معارضة القياس للعموم اللفظ الذي يقضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام : فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وما بمعنى الذي والذي من ألفاظ العموم وقوله تعالى (وهو الذي أنشأ جنات معروشات) الآية الى قوله (وآتوا حقه يوم حصاده) وأما القياس فهو ان الزكاة إنما المقصود منها سد الحلة وذلك لا يكون غالباً الا فيما هو قوت فنخصص العموم بهذا القياس اسقط الزكاة عما عدا المقتات ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك الا ما أخرجه

الاجماع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا في أشياء من قبل اختلافهم فيها هل هي مقتاة أم ليست بمقتاة وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان مالسا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ؛ ومنع ذلك الشافعي في قوله الأخير بمصر * وسبب اختلافهم هل هو قوت أم ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك في ايجاب الزكاة في التين أولا ايجابها وذهب بعضهم الى أن الزكاة تجب في التماردون الحضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه (وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات) الآية ومن فرق في الآية بين الثمار والزيتون فلا وجه لقوله الا وجه ضيف واتفقوا على أن لازكاة في العروض التي لم يقصد بها التجارة، واختلفوا في ايجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم في وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم في نصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعدده للبيع وفيما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أد زكاة البر، وأما القياس الذي اعتمده الجمهور فهو أن العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التمية فاشبه الاجناس الثلاثة التي فيها الزكاة باتفاق أغنى الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوي ان زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا يخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى أن مثل هذا هو اجماع من الصحابة أغنى اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافا وفيه ضعف:

(الجملة الثالثة) وأما معرفة النصاب في واحد واحد من هذه الاموال الزكاة وهو المقدار الذي فيه تجب الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أغنى، في عينه وقدره فانا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه . واختلفوا فيه في جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها ، والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ولنجعل الكلام في ذلك في فصول : الفصل الاول في الذهب والفضة ؛ الثاني في الابل ، الثالث في الغنم الرابع في البقر . الخامس في النبات السادس في العروض .

الفصل الأول

أما المقدار الذي تجب فيه الزكاة من الفضة فانهم اتفقوا على انه خمس أواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت : ليس فيمادون خمس أواق من الورق صدقة ما عدا المعدن من الفضة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي المقدار الواجب فيه والارقة عندهم أربعون درهما كيلا وأما القدر الواجب فيه فانهم اتفقوا على ان الواجب في ذلك هو

ربع العشر أعنى في الفضة والذهب معاً ما لم يكونا خرجا من معدن. واختلفوا من هذا الباب في مواضع خمسة أحدها في نصاب الذهب ، والثاني هل فيهما أوقاص أم لا أعنى هل فوق النصاب قدر لا تزيد الزكاة زيادته ؛ والثالث هل يضم بعضها الى بعض في الزكاة فيعدان كصنف واحد أعنى عند اقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان؛ والرابع هل من شرط النصاب أن يكون المالك واحداً لاثنين. الخامس في اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه .

(أما المسئلة الاولى) وهى اختلافهم في نصاب الذهب فان اكثر العلماء على أن الزكاة تجب في عشرين ديناراً وزناً كما تجب في مائتى درهم هذا مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة وفقهاء الامصار . وقالت طائفة منهم الحسن بن أبى الحسن البصرى وأكثر أصحاب داود بن على ليس في الذهب شيء حتى يبلغ أربعين ديناراً ففيها ربع عشرها دينار واحد؛ وقالت طائفة ثالثة ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتى درهم أو قيمتها فاذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين ديناراً أو أقل أو أكثر هذا فيما كان منها دون الأربعين ديناراً فاذا بلغت أربعين ديناراً كان الاعتبار بها نفسها لا بالدرهم لا صرفاً ولا قيمةً . وسبب اختلافهم في نصاب الذهب أنه لم يثبت في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب الفضة وما روى الحسن بن عماره من حديث على أنه عليه الصلاة والسلام قال : هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين ديناراً نصف دينار فليس عند الأكثر مما يجب العمل به لانفراد الحسن بن عماره به فمن لم يسح عنده هذا الحديث اعتمد في ذلك على الاجماع وهو انفاقهم على وجوبها في الأربعين .

وأما مالك فاعتمد في ذلك على العمل ولذلك قال في الموطأ السنة التى لا اختلاف فيها عندنا أن الزكاة تجب في عشرين ديناراً كما تجب في مائتى درهم .

وأما الذين جعلوا الزكاة فيما دون الأربعين تبعاً للدرهم فانه لما كانوا عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هى الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تبعاً لها في القيمة لا في الوزن وذلك فيما دون موضع الاجماع ولم يبق قيل أيضاً ان الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيما دون خمس أواق من الرقة صدقة .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فان الجمهور قالوا ان ما زاد على مائتى درهم من الوزن ففيه بحساب ذلك أعنى ربع العشر ومن قال بهذا القول مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد صاحباً أبى حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة؛ وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم أهل العراق لا شيء فيما زاد على المائتى درهم حتى تبلغ الزيادة

أربعين درهما فإذا بانعتها كان فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما ✽ وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمار ومعارضة دليل الخطاب له وترددهما بين أصليين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب أما حديث الحسن بن عمار فإنه رواه عن أبي اسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قد عفوت عن صدقة الحبل والرقيق فهاتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين دينارا نصف دينار وليس في مائتي درهم نىء حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فما زاد ففي كل أربعين درهما درهم وفي كل أربعة دنانير تزيد على العشرين دينارا درهم حتى تبلغ أربعين دينارا ففي كل أربعين دينار وفي كل أربعة وعشرين نصف دينار ودرهم .

وأما دليل الخطاب للمعارض له فقوله عليه الصلاة والسلام : ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة ومفهومه ان فيما زاد على ذلك الصدقة قل أو أكثر . وأما ترددهما بين الاصليين اللذين هما الماشية والحبوب فان النص على الاوقاص ورد في الماشية وأجمعوا على أنه لا أوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لاوقص .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي ضم الذهب الى الفضة في الزكاة فان عند مالك وأبي حنيفة وجماعة أنها تضم الدراهم الى الدنانير فاذا كمل من مجموعهما لصاب وجبت فيه الزكاة ؛ وقال الشافعي وأبو ثور وداود لا يضم ذهب الى فضة ولا فضة الى ذهب ✽ وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لعينه أم لسبب يعمهما وهو ككونهما كما يقول الفقهاء رؤوس الاموال وقيم التلقات فمن رأى ان المتبر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم أحدهما الى الثاني كالحال في البقر والغنم ومن رأى ان المتبر فيهما هو ذلك الامر الجامع الذي قلناه أوجب ضم بعضهما الى بعض ويشبه أن يكون الاظهر اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات أنفسها وان كان قد يومئ انحادهما اتفاق المنافع وهو الذي اعتمد مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا والذين جازوا أضهما اختلفوا في صفة الضم فرأى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك ان ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز أن يخرج من الواحد عن الآخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة في وقت الزكاة فمن كانت عنده مثلا

مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة أو من كانت عنده مائة درهم تساوى أحد عشر مثقالاً وتسعة مثاقيل وجبت عليه أيضاً فيهما الزكاة ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وبمثل هذا القول قال الثوري إلا أنه يراعى الاحوط للمساكين في الضم أعنى القيمة أو الصرف المحدود، ومنهم من قال يضم الأقل منها إلى الأكثر ولا يضم الأكثر إلى الأقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها أبداً كانت الدينير أقل من الدراهم أو أكثر ولا تضم الدراهم إلى الدنانير لأن الدراهم أصل والدنانير فرع إذ كان لم يثبت في الدنانير حديث ولا إجماع حتى تبلغ أربعين، وقال بعضهم إذا كان عنده نصاب من أحدهما ضم إليه قليل الآخر وكثيره ولم ير الضم في تكميل النصاب إذا لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما، وسبب هذا الارتباك ما راموه من أن يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف في الوزن نصاباً واحداً وهذا كله لا معنى له ولعل من رام ضم أحدهما إلى الآخر فقد أحدث حكماً في الشرع حيث لا حكم لانه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة التكليف والأمر بالبيان أن يكون في أمثال هذه الأشياء المحتملة حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع حتى يكون سكوته سبباً لأن يعرض فيه من الاختلاف ما مقداره هذا المقدار والشارع إنما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف.

(وأما المسئلة الرابعة) فإن عند مالك وأبي حنيفة أن الشريكين ليس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب، وعند الشافعي أن المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد، وسبب اختلافهم الأجمال الذي في قوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة فإن هذا القدر يمكن أن يفهم منه أنه إنما يخصه هذا الحكم إذا كان مالك واحد فقط ويمكن أن يفهم منه أنه يخصه هذا الحكم كان للمالك واحد أو أكثر من مالك واحد إلا أنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب إنما هو الفرق فواجب أن يكون النصاب من شرطه أن يكون للمالك واحد وهو الأظهر والله أعلم والشافعي كأنه شبه الشركة بالخلعة ولكن تأثير الخلطة في الزكاة غير متفق عليه على ما سيأتى بعد.

(وأما المسئلة الخامسة) وهي اختلافهم في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه فإن مالكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن وإنما الخلاف بينهما أن مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعي على ما سنقول بعد في الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما أن الواجب فيما يخرج منه هو ربع العشر. وأما أبو حنيفة فلم ير فيه نصاباً ولا حولاً وقال الواجب هو الخمس، وسبب الخلاف في ذلك هل اسم

الرَّكَازُ يَتَنَاوَلُ الْمَعْدَنَ أَمْ لَا يَتَنَاوَلُهُ لِأَنَّهُ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : وَفِي الرَّكَازِ الْخُمْسُ وَرَوَى أَشْهَبُ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْمَعْدَنَ الَّذِي يَوْجَدُ بِغَيْرِ عَمَلٍ أَنَّهُ رَكَازٌ وَفِيهِ الْخُمْسُ * فَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ فِي هَذَا هُوَ اخْتِلَافُهُمْ فِي دَلَالَةِ اللَّفْظِ وَهُوَ أَحَدُ أَسْبَابِ الْاِخْتِلَافَاتِ الْعَامَةِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا .

﴿ الفصل الثاني في نصاب الإبل والواجب فيه ﴾

وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّ فِي كُلِّ خَمْسٍ مِنْ الْإِبِلِ شَاةً إِلَى أَرْبَعٍ وَعَشْرِينَ فَإِذَا كَانَتْ خَمْسًا وَعَشْرِينَ فَفِيهَا ابْنَةُ مَخَاضٍ إِلَى خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ ابْنَةُ مَخَاضٍ فَإِنْ لَبُونٌ ذَكَرٌ فَإِذَا كَانَتْ سِتًّا وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا بِنْتُ لَبُونٍ إِلَى خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ فَإِذَا كَانَتْ سِتًّا وَأَرْبَعِينَ فَفِيهَا حَقَّةٌ إِلَى سِتِّينَ فَإِذَا كَانَتْ وَاحِدًا وَسِتِّينَ فَفِيهَا جَذْعَةٌ إِلَى خَمْسٍ وَسَبْعِينَ فَإِذَا كَانَتْ سِتًّا وَسَبْعِينَ فَفِيهَا ابْنَتَا لَبُونٍ إِلَى تِسْعِينَ فَإِذَا كَانَتْ وَاحِدًا وَتِسْعِينَ فَفِيهَا حَقَّتَانِ إِلَى عَشْرِينَ وَمِائَةٍ لَثُبُوتٌ هَذَا كُلُّهُ فِي كِتَابِ الصَّدَقَةِ الَّذِي أَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَعَمِلَ بِهِ بَعْدَهُ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ . وَاخْتَلَفُوا مِنْهَا فِي مَوَاضِعَ مِنْهَا فِيمَا زَادَ عَلَى الْعَشْرِينَ وَالْمِائَةِ وَمِنْهَا إِذَا عَدِمَ السِّنُّ الْوَاجِبَةَ عَلَيْهِ وَعِنْدَهُ السِّنُّ الَّذِي فَوْقَهُ أَوْ الَّذِي تَحْتَهُ مَا حَكَمَهُ وَمِنْهَا هَلْ تَجِبُ الزَّكَاةُ فِي صِغَارِ الْإِبِلِ وَإِنْ وَجِبَتْ فَمَا الْوَاجِبُ .

(فَمَا الْمَسْئَلَةُ الْأُولَى) وَهِيَ اخْتِلَافُهُمْ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمِائَةِ وَعَشْرِينَ فَإِنْ مَالِكًا قَالَ إِذَا زَادَتْ عَلَى عَشْرِينَ وَمِائَةٍ وَاحِدَةً فَالْمَصْدُقُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ ثَلَاثَ بَنَاتِ لَبُونٍ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ حَقَّتَيْنِ إِلَى أَنْ تَبْلُغَ ثَلَاثِينَ وَمِائَةٍ فَيَكُونُ فِيهَا حَقَّةٌ وَابْنَتَا لَبُونٍ وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ مِنْ أَصْحَابِهِ بَلْ يَأْخُذُ ثَلَاثَ بَنَاتِ لَبُونٍ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ إِلَى أَنْ تَبْلُغَ ثَمَانِينَ وَمِائَةٍ فَتَكُونُ فِيهَا حَقَّةٌ وَابْنَتَا لَبُونٍ وَبِهَذَا الْقَوْلُ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ الْمَاجِشُونَ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكٍ بَلْ يَأْخُذُ السَّاعِي حَقَّتَيْنِ فَقَطْ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ إِلَى أَنْ تَبْلُغَ مِائَةً وَثَلَاثِينَ وَقَالَ السَّكُونِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ وَالثَّوْرِيُّ إِذَا زَادَتْ عَلَى عَشْرِينَ وَمِائَةٍ عَادَتْ الْفَرِيضَةُ عَلَى أَوَّلِهَا وَمَعْنَى عَوْدِهَا أَنَّ يَكُونُ عِنْدَهُمْ فِي كُلِّ خَمْسٍ ذُودُ شَاةٍ فَإِذَا كَانَتْ الْإِبِلُ مِائَةً وَخَمْسَةً وَعَشْرِينَ كَانَ فِيهَا حَقَّتَانِ وَشَاةُ الْحَقَّتَانِ لِلْمِائَةِ وَالْعَشْرِينَ وَالشَّاةُ ! خَمْسٌ فَإِذَا بَلَغَتْ ثَلَاثِينَ وَمِائَةً فَفِيهَا حَقَّتَانِ وَشَاتَانِ فَإِذَا كَانَتْ خَمْسًا وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا حَقَّتَانِ وَثَلَاثُ شِيَاءٍ إِلَى أَرْبَعِينَ وَمِائَةٍ فَفِيهَا حَقَّتَانِ وَأَرْبَعُ شِيَاءٍ إِلَى خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ وَمِائَةٍ فَإِذَا بَلَغَتْهَا فَفِيهَا حَقَّتَانِ وَابْنَةُ مَخَاضٍ الْحَقَّتَانِ لِلْمِائَةِ وَالْعَشْرِينَ وَابْنَةُ الْمَخَاضِ لِلْخَمْسِ وَعَشْرِينَ كَمَا كَانَتْ فِي الْفَرِضِ الْأَوَّلِ إِلَى خَمْسِينَ وَمِائَةٍ فَإِذَا بَلَغَتْهَا فَفِيهَا ثَلَاثُ حَقَاقٍ فَإِذَا زَادَتْ عَلَى الْخَمْسِينَ وَمِائَةٍ اسْتَقْبَلَ بِهَا الْفَرِيضَةُ

الاولى الى ان تبلغ مائتين فيكون فيها أربع حقائق ثم يستقبل بها الفريضة .
وأما ماعدى الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على ان مازاد على المائة والثلاثين ففي كل
أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم في عودة الفرض او لا عودته
اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة أنه قال عليه الصلاة والسلام :
فمازاد على العشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقه وروى من
طريق أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام :
انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استوفت
الفريضة . فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذ هو أثبت وذهب الكوفيون الى
ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول علي وابن مسعود قالوا
ولا يصح أن يكون مثل هذا الا توقيفا اذ كان مثل هذا لا يقال بالقيناس * وأما سبب
اختلاف مالك وأصحابه والشافعي فيما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فلانه
لم يستقم لهم حساب الاربعينيات ولا الخمسينيات فمن رأى أن ما بين المائة وعشرين الى
أن يستقيم الحساب وقص قال ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شيء ظاهر
حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث ، وأما الشافعي وابن القاسم قائما ذهابا الى
أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب في كتاب الصدقة أنها
اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها
يبتا لبون وحقة * فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر
الثابت للتفسير الذي في هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الاثر للاتفاق على ثبوته
وابن القاسم والشافعي حملا المجل على الفصل المفسر وأما تخيير مالك الساعى فكانه
جمع بين الاثرين والله أعلم .

(وأما المسئلة الثانية) وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن
الذى فوق هذا السن أو تحته فان مالكا قال يكاف شراء ذلك السن وقال قوم بل يعطى السن
الذى عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذى عنده أخط أو شاتين وان كان أعلى
دفع اليه المصدق عشرين درهما أو شاتين وهذا ثابت في كتاب الصدقة فلا معنى للمنازعة
فيه ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة
الواجب عليه القيمة على أصله في اخراج القيم في الزكاة ، وقال قوم بل يعطى السن الذى
عنده وما بينهما من القيمة .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي هل تجب في صغار الابل وان وجبت فاذا يكلف
خان قوما قالوا تجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا تجب * وسبب اختلافهم هل

يتناول اسم الجنس الصغار أولاً يتناولهم والذين قالوا لا تجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن عقلة أنه قال أنا ما صدق النبي عليه الصلاة والسلام فأتيت فجلست إليه فسمعتة يقول أن في عهدي أن لا آخذ من راضع لبن ولا أجمع بين مفترق ولا تفرق بين مجتمع قال وأثناء رجل بناقة كوما قاضي أن يأخذها ، والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكلف شراء السن الواجبة عليه ، ومنهم من قال يأخذ منها وهو الأقيس وينحو هذا الاختلاف اختلفوا في صغار البقر وسخال الغنم .

الفصل الثالث في نصاب البقر وقدر الواجب في ذلك

جمهور العلماء على أن في ثلاثين من البقر تبيعاً وفي أربعين مسنة ، وقالت طائفة في كل عشر من البقر شاة إلى ثلاثين ففيها تبيع وقيل إذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بقرة إلى خمس وسبعين ففيها بقرتان إذا جاوزت ذلك فإذا بلغت مائة وعشرين ففي كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد ابن المسيب . واختلف فقهاء الأمصار فيما بين الأربعين والستين فذهب مالك والشافعي وأحمد والثوري وجماعة أن لا شيء فيمكة زاد على الأربعين حتى تبلغ ستين فإذا بلغت ستين ففيها تيعان إلى سبعين ففيها مسنة وتبيع إلى ثمانين ففيها مسنتان إلى تسعين ففيها ثلاثة أتبعه إلى مائة ففيها تيعان ومسنة ثم هكذا ما زاد ففي كل ثلاثين تبيع وفي كل أربعين مسنة . وسبب اختلافهم في النصاب أن حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرج الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الأمصار في الوقص في البقر أنه جاء في حديث معاذ هذا أنه توقف في الأوقاص وقال حتى أسأل فيها أتني عليه الصلاة والسلام فلما قدم عليه وجده قد توفي صلى الله عليه وسلم فلما لم يرد في ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فمن قاسها على الأبل والغنم لم ير في الأوقاص شيئاً ومن قال أن الأصل أن في الأوقاص الزكاة إلا ما استثناء الدليل من ذلك وجب أن لا يكون عنده في البقر وقص إذا لا دليل هناك من إجماع ولا غيره .

الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك

وأجمعوا من هذا الباب على أن في سائمة الغنم إذا بلغت أربعين شاة شاة إلى عشرين ومائة فإذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان إلى مائتين فإذا زادت على المائتين فنلات شياء إلى ثلاثمائة فإذا زادت على الثلاثمائة ففي كل مائة شاة وذلك

عند الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة ان فيها أربع شياه واذا كانت أربعمائة شاة وشاة ففيها خمس شياه . وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والآثار الثابتة المرفوعة في كتاب الصدقة على ما قال الجمهور . واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم . واختلفوا من أى صنف منها يأخذ المصدق فقال مالك يأخذ من الاكثر عددا فان استوت خير الساعى ، وقال أبو حنيفة بل الساعى يخير اذا اختلفت الاصناف . وقال الشافعى يأخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضى الله عنه تعد عليهم بالسخلة يحملها الراعى ولا تأخذها ولا تأخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم وتأخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه . وكذلك اتفق جماعة فقهاء الامصار على انه لا يؤخذ في الصدقة قيس ولا هرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك في كتاب الصدقة الا أن يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين . واختلفوا في العميا وذات العلة هل تعد على صاحب المال أم لا فخرأى مالك والشافعى ان تعد وروى عن أبى حنيفة انها لا تعد . وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الاصحاء والمرضى أم لا يتناولهما . واختلفوا من هذا الباب في نسل الامهات هل تعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذا لم يبلغ نصابا فقال مالك يعد بها ، وقال الشافعى وأبو حنيفة وابو ثور لا يعد بالسخال الا أن تكون الامهات نصابا . وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضى الله عنه اذ أمر أن تعد عليهم بالسخال ولا يؤخذ منها شيء فان قوما فهموا من هذا اذ كانت الامهات نصابا وقوم فهموا هذا مطلقا واحسب ان أهل الظاهر لا يوجبون في السخال شيئا ولا يعدون بها الا كانت الامهات نصابا ولا لم تكن لان اسم المجلس لا ينطلق عليها عندهم واكثر الفقهاء على ان الخلطة تأثيراً في قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير في قدر النصاب ام لا ، وأما أبو حنيفة واصحابه فلم يروا للخلطة تأثيراً لافى قدر الواجب ولا فى اقدر النصاب وتفسير ذلك ان مالك والشافعى وأكثر فقهاء الامصار اتفقوا على أن الخطاء يزكون زكاة المسالك الواحد واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في نصاب الخطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثانى في صفة الخلطة التى لها تأثير في ذلك . وأما اختلافهم أولاً في هل للخلطة تأثير في النصاب وفي الواجب أو ليس لها تأثير . فسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ثابت في كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام : لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية بالصدقة وما كان من خليطين فاتهما يتراجعا بالسوية فان كل واحد من الفريقين أترل

مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا الخلطة تأثيرا في النصاب والقدر الواجب أوفي القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه الصلاة والسلام : وما كان من خليطين فانهما يتراجعا بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الاثر مخصص لقوله عليه الصلاة والسلام : ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة أما في الزكاة عند مالك وأصحابه أغنى في قدر الواجب وأما في الزكاة والنصاب معا عند الشافعي وأصحابه وأما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشريكين قد يقال لهما خليطان ويحتمل أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع إنما هو نهي للسعاة أن يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات أو يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال في هذا الحديث وجب الاتخصص به الاصول الثابتة المجمع عليها اغنى ان النصاب والحق الواجب في الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد . وأما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو أظهر في الخلطة نفسها منه في الشركة واذا كان ذلك كذلك فقوله عليه الصلاة والسلام فيهما انهما يتراجعا بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه الصلاة والسلام انهما يتراجعا بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشريكين ليس بتصور بينهما تراجع اذ المأخوذ هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال الخليطان إنما يركبان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعا لحكم الحق الواجب قال نصابهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاته زكاة الرجل الواحد وكل واحد من هؤلاء أنزل قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على ما ذهب اليه فأما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهما فيها ثلاث شياه فاذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولا يجمع بين مفترق ان يكون نفر الثلاث لكل واحد منهم أربعون شاة فاذا جمعوها كان عليهم شاة واحدة فعلى مذهبه النهي إنما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب . وأما الشافعي فقال معنى قوله ولا يفرق بين مجتمع أن يكون رجلان ولهما أربعون شاة فاذا فرقا غنمهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد في الحكم وأما القائلون بالخلطة فانهما اختلفوا فيما هي الخلطة المؤثرة في الزكاة فاما الشافعي فقال ان

من شرط الخلطة أن تخلط ما شئتهما وتراحلوا واحد وتخلبا لواحد وتسرحا لواحد وتسقيا معاً وتكون فحولهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك لا يعتبر كال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم وأما مالك فالحديثان عنده ما اشتكا في الدلو والحوض والمراح والراعى والفحل واختلف أصحابه في مراعاة بعض هذه الأوصاف أوجيها * وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ولذلك لم ير قوم تأثير الخلطة في الزكاة وهو مذهب أبى محمد بن حزم الأندلسى .

﴿ الفصل الخامس ﴾

(في نصاب الجبوب^١ والثمار والقدر الواجب في ذلك)

وأجمعوا على أن الواجب في الجبوب^١ أما ما سقى بالسما فالعشر وأما ما سقى بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم وأما النصاب فانهم اختلفوا في وجوبه في هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى إيجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق والوسق ستون صاعا باجماع والصاع أربعة أمداد بعد النبي عليه الصلاة والسلام والجمهور على أن مده رطل وثلاث وزيادة يسيرة بالبغدادى واليسيه رجع أبو يوسف حين ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان أبو حنيفة يقول في المدة رطلان وفي الصاع انه ثمانية أرطال وقال أبو حنيفة ليس في الجبوب والثمار نصاب * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى أن الخصوص يبنى على العموم قال لا بد من النصاب وهو المشهور ومن رأى أن العموم والخصوص متعارضان اذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر إذ كان قد ينسخ الخصوص بالعموم عنده ويلسخ العموم بالخصوص اذا كل ماوجب العمل به جاز نسخه واللسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لا نصاب ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزء الذى تعارضا فيه فان العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فانه السبب الذى صير الجمهور الى أن يقولوا بنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس بليانا فان التعارض بينهما موجود الا ان يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء واحتجاج أبى حنيفة فى النصاب بهذا العموم فيه ضعف

فان الحديث إنما خرج مخرج تبين القدر الواجب منه . واختلفوا من هذا الباب في النصاب في ثلاث مسائل . المسئلة الاولى في ضم الحبوب بعضها الى بعض في النصاب . الثانية في جواز تقدير النصاب في العنب والتمر بالخرص . الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمره وزعره قبل الحصاد والجذاذ في النصاب أم لا .

(أما المسئلة الاولى) فانهم اجمعوا على أن الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده الى رديئه وتتخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منها أغنى من الحيد والرديء فان كان الثمر أصنافاً أخذ من وسطه . واختلفوا في ضم القطاني بعضها الى بعض وفي ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت أيضاً وقيل الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطاني كلها أصناف كثيرة بحسب أسمائها ولا يضم منها شيء الى غيره في حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة لا يضم واحد منها الى الآخر لتكامل النصاب في سبب الخلاف هل المراعاة في الصنف الواحد هو اتفاق المنافع او اتفاق الاسماء فمن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلفت اسمائها فهي أصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهي صنف واحد وان اختلفت اسمائها فكل واحد منهما يروم أن يقرر قاعدته باستقراء الشرع أغنى أن أحدهما يحتاج لمذهبه بالاشياء التي اعتبر الشرع فيها الاسماء والآخر بالاشياء التي اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه ان يكون شهادة الشرع للاسماء في الزكاة أكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجودا في الشرع والله أعلم .

(وأما المسئلة الثانية) وهي تقدير النصاب بالخرص واعتباره به دون الكيل فان جمهور العلماء على أجازة الخرص في النخل والاعناب حين يبد صلاحها للضرورة أن يخل بينها وبين أهلها يأكلونها رطباً ، وقال داود ولا خرص الا في النخل فقط وقال ابو حنيفة وصاحبه الخرص باطل وعلى رب المال ان يؤدي عشر ما تحصل بيده زاد على الخرص او نقص منه في السبب في اختلافهم في جواز الخرص معارضة الاصول للآثر الوارد في ذلك . اما الآثر الوارد في ذلك وهو الذي تمسك به الجمهور فهو ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يرسل عبداً بن رواحة وغيره الى خير فيخرص عليهم النخل : وأما الاصول التي تعارضه فلانه من باب المزانية المنهى عنها وهو بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر كيلاً ولانه أيضاً من باب بيع الرطب بالتمر فيسئله للمنع من التفاضل ومن النسبة وكلاهما من أصول الربا فلما رأى الكوفيون هذا مع ان الخرص الذي كان يخرص على أهل خير لم يكن لازكاة اذ كانوا ليسوا بأهل

زكاة قالوا يحتمل ان يكون تخميناً ليعلم ما بأيدي كل قوم من الثمار (قال القاضي) اما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان في القسمة لما روى ان عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الخرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلي أعني في قسمة الثمار لافي قسمة الحب . وأما بحسب حديث عائشة الذي رواه أبو داود فانما الخرص لموضع النصيب الواجب عليهم في ذلك والحديث هو أنها قالت وهي تذكر شان خير كان النبي صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خيبر فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وخرص الثمار لم يخرج به الشيخان وكيفما كان فالخرص مستقضى من تلك الاصول هذا ان ثبت انه كان منه عليه الصلاة والسلام حكماً منه على المسلمين فان الحكم لو ثبت على أهل الذمة ليس يجب أن يكون حكماً على المسلمين الا بدليل والله أعلم ولو صح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الخرص بينا والله أعلم وحديث عتاب ابن أسيد هو انه قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان اخرص العنب وآخذ زكاته زيباً كما تؤخذ زكاة النخل تمرًا وحديث عتاب بن أسيد طعن فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجوز داود خرص العنب . واختلف من أوجب الزكاة في الزيتون في جواز خرصه * والسبب في اختلافهم اختلافهم في قياسه في ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل في الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة في الزيتون هو الزيت لا الحب قياساً على التمر والزبيب وقال مالك في العنب الذي لا يتزيب والزيتون الذي لا ينصر أرى ان يؤخذ منه حياً .

(وأما المسئلة الثالثة) فان مالكا وأبا حنيفة قالوا يحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب ، وقال الشافعي لا يحسب عليه وشرك الخرص لرب المال ما يأكل هو وأهله * والسبب في اختلافهم ما يعارض الآثار في ذلك من الكتاب والقياس . أما السنة في ذلك فما رواه سهل بن أبي حنمة أن النبي صلى الله عليه وسلم : بعث أبا حنمة خارساً فجاء رجل فقال يا رسول الله ان أبا حنمة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن ابن عمك يزعم أنك زدت عليه فقال يا رسول الله لقد تركت له قدر عرية أهله وما يطعمه المساكين وما تسقطه الريح فقال قد زادك ابن عمك وأنصفك . وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال خففوا في الخرص فان في المال العرية والاكلة والوصية والعامل والنوايب وما وجب في الثمر من الحق . وأما الكتاب المعارض لهذه الآثار

والقياس فقوله تعالى (كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده) . وأما القياس فلأنه مال فوجبت فيه الزكاة أصله سائر الاموال فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بقدر الواجب في الزكاة والواجب منه في هذه الاجناس الثلاثة التي الزكاة مخرجة من أعيانها لم يختلفوا انها اذا خرجت من الاعيان أنفسها انها محزنة واختلفوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل العين القيمة أولا يجوز فقال مالك والشافعي لا يجوز اخراج القيم في الزكوات بدل المنصوص عليه في الزكوات، وقال أبو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه أو لم يقدر * وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق واجب للمساكين فمن قال انها عبادة قال ان أخرج من غير تلك الاعيان لم يجز لانه اذا أتى بالعبادة على غير الجهة المأمور بها فهي فاسدة ومن قال هي حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت الشافعية لنا ان نقول وان سلمنا انها حق للمساكين إن الشارع إنما علق الحق بالعين قصدا منه لتشريك الفقراء مع الاغنياء في أعيان الاموال والحنفية تقول إنما خصت بالذكر أعيان الاموال تسهيلا على أرباب الاموال لان كل ذي مال إنما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذي بين يديه ولذلك جاء في بعض الاثر انه جعل في الدية على أهل الحلل حللا على ما يأتي في كتاب الحدود .

﴿ الفصل السادس في نصاب العروض ﴾

والنصاب في العروض على مذهب القائلين بذلك إنما هو فيما اتخذ منها للبيع خاصة على ما يقدر قبل والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب في العين اذ كانت هذه هي قيم المتلفات ورؤس الاموال وكذلك الحول في العروض عند الذين أوجبوا الزكاة في العروض فان مالكا قال اذا باع العروض زكاة لسنة واحدة كالحال في الدين وذلك عنده في التأخر الذي تنضبط له أوقات شراء عروضه وأما الذين لا ينضبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصون باسم المدير فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوم ما بيده من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذي يرتجى قبضه ان لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله في دين غير المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصابا أدى زكاته وسواء نص له في عاينه شيء من العين أو لم ينض بلغ نصابا أو لم يبلغ نصابا وهذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه في العروض شيء فمنهم من لم

يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذي شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك . وقال المزني زكاة العروض تكون من أعيانها لا من أثمانها . وقال الجمهور الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري والأوزاعي وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وأنه من اشترى عرضاً للتجارة فحال عليه الحول فومه وزكاه . وقال قوم بل يزكي ثمنه الذي ابتاعه به لاقيمته وإنما لم يوجب الجمهور على المدير شيئاً لأن الحول إنما يشترط في عين المال لا في نوعه . وأما مالك فشبّه النوع ههنا بالعين اثلاً تسقط الزكاة رأساً عن المدير وهذا هو بان يكون شرعاً زائداً أشبه منه بان يكون شرعاً مستتباً من شرع ثابت ومثل هذا هو الذي يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذي لا يستند إلى أصل منصوص عليه في الشرع إلا ما يفعل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وإن لم يستند إلى أصول منصوص عليها .

(الجملة الرابعة في وقت الزكاة) وأما وقت الزكاة فإن جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب الزكاة في الذهب والفضة والماشية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الأربعة ولانتشاره في الصحابة رضي الله عنهم ولانتشار العمل به ولاعتقادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف لا يجوز أن يكون إلا عن توقيف وقد روى مرفوعاً من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول وهذا مجمع عليه عند فقهاء الأمصار وليس فيه في الصدر الأول خلاف إلا ما روى عن ابن عباس ومعاوية بن وهب الاختلاف أنه لم يرد في ذلك حديث ثابت . واختافوا في هذا الباب في مسائل ثمانية مشهورة إحداهما هل يشترط الحول في المعدن إذا قلنا أن الواجب فيه ربع العشر ، الثانية في اعتبار حول ربع المال ، الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة ، الرابعة في اعتبار حول الدين إذا قلنا أث في الزكاة ، الخامسة في اعتبار حول العروض إذا قلنا إن فيها الزكاة ، السادسة في حول فائدة الماشية ، السابعة في حول نسل الغنم إذا قلنا أنها تضم إلى لأمهات إما على رأي من يشترط أن تكون الأمهات نصاباً وهو الشافعي وأبو حنيفة أما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك . والثامنة في جواز إخراج الزكاة قبل الحول .

(أما المسئلة الأولى) وهي المعدن فإن الشافعي داعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول ثم وسبب اختلافهم تردد شبهة بين ما تخرجه الأرض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنين فمن شبهة بملة

تخرجها الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المقتضين أوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة أرى والله أعلم .

(المسئلة الثانية) واما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فرأى الشافعى ان حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصابا أو لم يكن وهو مروى عن عمر بن عبد العزيز انه كتب ألا يعرض لارباح التجار حتى يحول عليها الحول ، وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أى اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصابا أو أقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصابا قال أبو عبيد ولم يتابعه عليه أحد من الفقهاء الا أصحابه . وفرق قوم بين أن يكون رأس المال الحائل عليه الحول نصابا أو لا يكون فقالوا ان كان نصابا زكى الربح مع رأس ماله وان لم يك نصابا لم يزك ومن قال بهذا القول الاوزاعى وأبو ثور وأبو حنيفة ^١ وسبب اختلافهم تردد الربح بين أن يكون حكمه حكم المال المستفاد أو حكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الا أن من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان نصابا ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل في مذهب مالك ويشبه أن يكون الذى اعتمده مالك رضى الله عنه في ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم مختلف أيضا فيه وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور .

(وأما المسئلة الثالثة) وهى حول الفوائد فانهم أجمعوا على أن المال اذا كان أقل من نصاب واستفيد اليه مال من غير ربحه يكمل من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم كمل واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر فاحتمل عليه الحول فقال مالك يزكى المستفاد ان كان نصابا لحوله ولا يضم الى المال الذى وجبت فيه الزكاة وبهذا القول فى الفوائد قال الشافعى . وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى الفوائد كلها تزكى بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم ^٢ وسبب اختلافهم هل حكمه حكم المال الوارد عليه أم حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر فمن قال حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر أعنى مالا فيه زكاة قال لازكاة فى الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان فى الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لازكاة فى مال حتى يحول عليه الحول يقتضى أن لا يضاف مال الى مال الا بدليل وكان أبا حنيفة اعتمد فى هذا قياس الناض على المشاشية ومن أصله الذى يعتمد فى هذا الباب أنه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا فى جميع اجزائه بل أن يوجد نصابا فى طرفه فقط

وبعضا منه في كله فعنده انه اذا كان مال في أول الحول نصابا ثم هلك بعضه فصار أقل من نصاب ثم استفاد مالا في آخر الحول صار به نصابا انه تجب فيه الزكاة وهذا عنده موجود في هذا المال لانه لم يستكمل الحول وهو في جميع أجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن النفي في طرفي الحول نصابا والظاهر أن الحول الذي اشترط في المال انما هو في مال معين لا يزيد ولا ينقص لا يربح ولا يفائدة ولا يغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلا مستغنى عنه وذلك أن ما بقي حولا عند المسالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هي في فضول الاموال . وأما من رأى أن اشتراط الحول في المال انما سببه النماء فواجب عليه أن يقول تضم الفوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وأن يعتبر النصاب في طرفي الحول فتأمل هذا فانه بين والله أعلم ولذلك رأى مالك أن من كان عنده في أول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وأبدلها في آخر الحول بماشية من نوعها انما تجب فيها الزكاة فكأنه اعتبر أيضا طرفي الحول على مذهب أبي حنيفة وأخذ أيضا ما اعتمد أبو حنيفة في فائدة الناص القياس على فائدة الماشية على ما قلناه .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوما قالوا يعتبر ذلك فيه من أول ما كان ديناً يركبه لعدة ذلك ان كان حولا فحول وان كان أحوالا فاحوال أعنى انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان أحوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يركبه لعام واحد وان أقام الدين أحوالا عند الذي عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول ، وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بايجاب الزكاة في الدين ومن قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التي أقام فصيرا الى تشبيه الدين بالمال الحاضر وأما من قال الزكاة فيه لحول واحد وان أقام أحوالا فلا أعرف له مستندا في وقتي هذا لانه لا يخلو مادام ديناً أن يقول ان فيه زكاة أولا يقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستأنف به وان كان فيه زكاة فلا يخلو أن يشترط فيها الحول أولا يشترط ذلك فان اشترطنا وجب أن يعتبر عدد الاحوال الا أن يقول كلما انقضى حول فلم يتمكن من أدائه سقط عنه ذلك الحق اللازم في ذلك الحول فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الا حق العام الاخير وهذا يشبه مالك بالمعروض التي للتجارة فانها لا تجب عنده فيها زكاة الا اذا باعها وان أقامت عنده أحوالا كثيرة وفيه شبه ما بالماشية التي لا يأتي الساعي أعواما اليها ثم يأتي فيجدها قد نقصت فانه يركب على مذهب مالك الذي وجد فقط لانه لما أن حال

عليها الحول فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة اذ كان محجى الساعى شرطا عنده في اخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الخاضع وحوسب به في الاعوام السالفة كان الواجب فيها أقل أو أكثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهو شيء يجرى على غير قياس وإنما اعتبر مالك فيه العمل ؛ وأما الشافعى فيراه ضامنا لانه ليس محجى الساعى شرطا عنده في الوجوب وعلى هذا من رأى انه لا يجوز أن يخرج زكاة ماله إلا بان يدفعها الى الامام فعدم الامام أو عدم الامام العادل ان كان ممن شرط العدالة في ذلك انه ان هلك بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا شيء عليه ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة أعنى أن من الديون عنده ما يركب لمام واحد فقط مثل ديون التجارة ، ومنها ما يستقبل بها الحول مثل ديون الموارث . والثالث دين المدير وتحصيل قوله في الديون ليس بغرضنا .

(المسئلة الخامسة) وهي حول العروض وقد تقدم القول فيها عند القول في نصاب العروض (وأما المسئلة السادسة) وهي فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه في فوائد الناض وذلك انه يبنى الفائدة على الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل أبو حنيفة في فائدة الدراهم وفي فائدة الماشية فابو حنيفة مذهبه في الفوائد حكم واحد أعنى انها تبنى على الاصل اذا كانت نصابا كانت فائدة غنم أو فائدة ناض والارباح عنده والنسل كالفوائد وأما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية . وأما الشافعى فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بأنفسهما وفوائد الماشية ونسلهما واحد أيضا باعتبار حولهما بالاصل اذا كان نصابا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة وكأنه انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والا فالقياس فيهما واحد أعنى ان الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وحديث عمر هذا هو أنه أمر أن يعد عليهم بالسخال ولا يأخذ منها شيئا وقد تقدم الحديث في باب النصاب .

(المسئلة السابعة) وهي اعتبار حول اسل الغنم فان مالكا قال حول المسل هو حول الامهات كانت الامهات نصابا أو لم تكن كما قال في ربح الناض . وقال الشافعى وأبو حنيفة وأبو ثور لا يكون حول النسل حول الامهات الا أن تكون الامهات نصابا وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في ربح المسال .

(وأما المسئلة الثامنة) وهي جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوز أبو حنيفة والشافعى وسبب الخلاف هل هي عبادة أو حق واجب مساكن فن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق

الواجبة المؤجلة أجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعي لرأيه
بحديث على أن النبي عليه الصلاة والسلام: استسلف صدقة العباس قبل محالها .
(الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة) والكلام في هذا الباب في ثلاثة فصول
الاول في عدد الاصناف الذين تجب لهم ، الثاني في صفتهم التي تقتضى ذلك ، الثالث
كم يجب لهم .

﴿ الفصل الاول ﴾

فما عددهم فهم الثمانية التي نص الله عليهم في قوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء
والمساكين) الآية . واختلفوا من العدد في مسئلتين ، احدهما هل يجوز أن تصرف جميع
الصدقة الى صنف واحد من هؤلاء الاصناف أم هم شركاء في الصدقة لا يجوز أن يخص
منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة الى أنه يجوز للامام أن يصرفها في
صنف واحد أو أكثر من صنف واحد اذا رأى ذلك بحسب الحاجة ، وقال الشافعي
لا يجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سمي الله تعالى * وسبب اختلافهم
معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى أن يؤثر بها
أهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الحاجة فكان تعددهم في الآية عند هؤلاء إنما
ورد لتمييز الجنس أعنى أهل الصدقات لا تشريكهم في الصدقة فالاول أظهر من جهة
اللفظ وهذا أظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعي ما رواه أبو داود عن الصدائي
أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة فقال له رسول الله صلى
الله عليه وسلم : أن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى يحكم فيها فجزأها
ثمانية أجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقتك .

(وأما المسئلة الثانية) فقول المؤلف قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا فقال مالك
لا مؤلفة اليوم ، وقال الشافعي وأبو حنيفة بل حق المؤلف باق الى اليوم انا رأى الامام
ذلك وهم الذين يتألفهم الامام على الاسلام * وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي
صلى الله عليه وسلم أو عام له ولسائر الامة والاظهر أنه عام وهل يجوز ذلك للامام
في كل أحواله أو في حال دون حال أعنى في حال الضعف لا في حال القوة ولذلك قال
مالك لا حاجة الى المؤلفة الآن لقوة الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه الى المصالح .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر

الذي هو ضد الغنا لقوله تعالى « إنما الصدقات للفقراء والمساكين » واختلفوا في الغنى الذي تجوز له الصدقة من الذي لا تجوز وما مقدار الغنا المحرم للصدقة فاما الغنى الذي تجوز له الصدقة فان الجمهور على أنه لا تجوز الصدقة للاغنياء باجمعهم الا للخمسة الذي نص عليهم النبي عليه الصلاة والسلام في قوله : لا تحل الصدقة لغنى الا خمسة ؛ لغازي في سبيل الله ، أو لعامل عليها . أو لغارم . أو لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى للمسكين لغنى وروى عن ابن القاسم أنه لا يجوز أخذ الصدقة لغنى أصلاً مجاهداً كان أو عاملاً والذين أجازوها للعامل وإن كان غنياً أجازوها للقضاة ومن في مناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو أن لا تجوز لغنى أصلاً . وسبب اختلافهم هو هل العلة في إيجاب الصدقة للأصناف المذكورين هو الحاجة فقط أو الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص عليهم في الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب أخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الأصناف المنصوص عليهم . وأما حد الغنا الذي يمنع من الصدقة فذهب الشافعي إلى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطلق عليه الاسم ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الغنا هو ملك النصاب لانهم الذين سماهم النبي عليه الصلاة والسلام أغنياء لقوله في حديث معاذله فأخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم وإذا كان الأغنياء هم الذين هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم . وقال مالك ليس في ذلك حد إنما هو راجع إلى الاجتهاد . وسبب اختلافهم هل الغنا المانع هو معنى شرعي أم معنى لغوي فمن قال معنى شرعي قال وجود النصاب هو الغنا ومن قال معنى لغوي اعتبر في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم فمن رأى أن أقل ما ينطلق عليه الاسم هو محدود في كل وقت وفي كل شخص جعل حده هذا ومن رأى أنه غير محدود وإن ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والأشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وأن ذلك راجع إلى الاجتهاد وقد روى أبو داود في حديث الغنا الذي يمنع الصدقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهماً وفي أثر آخر أنه ملك أوقية وهي أربعون درهماً وأحسب أن قوماً قالوا بهذه الآثار في حد الغنا . واختلفوا من هذا الباب في صفة الفقير والمسكين والفصل الذي بينهما فقال قوم الفقير أحسن حالا من المسكين وبه قال البغداديون من أصحاب مالك وقال آخرون المسكين أحسن حالا من الفقير وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد قوليهِ وفي قوله الثاني أنهما اسمان دالان على معنى واحد وإلى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوي إن لم تكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقرار اللغة أن يكونا اسمين دالين على معنى

واحد يختلف بالاقل والاكثر في كل واحد منهما لا أن هذا راتب من أحدهما على قدر غير القدر الذي الآخر راتب عليه . واختلفوا في قوله تعالى (وفي الرقاب) فقال مالك هم العبيد يعتقهم الامام ويكون ولاهم للمسلمين، وقال الشافعي وأبو حنيفة هم المكاتبون وابن السبيل هو عندهم المسافر في طاعة ينفذ زاده فلا يجد ما ينفقه وبعضهم يشترط فيه أن يكون ابن السبيل جار الصدقة، وأما في سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبو حنيفة، وقال غيره الحجاج والعمار، وقال الشافعي هو الغازي جار الصدقة وإنما اشترط جار الصدقة لأن عند أكثرهم أنه لا يجوز تنقل الصدقة من بلد الى بلد الا من ضرورة .

﴿الفصل الثالث﴾

وأما قدر ما يعطى من ذلك أما الغارم فيقدر ما عليه اذا كان دينه في طاعة وفي غير سرف بل في أمر ضروري وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله الى بلده ويشبه أن يكون ما يحمله الى مغزاه عند من حمل ابن السبيل الغازي واختلفوا في مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحد مالك في ذلك حداً وصرفه الى الاجتهاد وبه قال الشافعي قال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصاباً أو اقل من نصاب، وكره أبو حنيفة أن يعطى أحد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثوري لا يعطى أحد أكثر من خمسين درهما وقال الليث يعطى ما يبتاع به خادماً اذا كان ذاعياً وكانت الزكاة كثيرة وكان أكثرهم مجمعون على أنه لا يجب أن يعطى عطية يصير بها من الغنا في مرتبة من لا تجوز له الصدقة لأن ما حصل له من ذلك المال فوق القدر الذي هو به من أهل الصدقة صار في أول مراتب الغنا فهو حرام عليه وإنما اختلفوا في ذلك لاختلافهم في هذا القدر فهذه المسئلة كأنها تبنى على معرفة أول مراتب الغنا. وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء انه إنما يأخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا أن نشبهه في هذا الكتاب وان تذكرنا شيئاً مما يشا كل غرضنا الحقن به ان شاء الله تعالى .

﴿كتاب زكاة الفطر﴾

والكلام في هذه الزكاة يتعلق بفصول : أحدها في معرفة حكمها . والثاني في معرفة من تجب عليه . والثالث كم تجب عليه وبما ذا تجب عليه . والرابع متى تجب عليه . والخامس من تجوز له .

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما زكاة الفطر فان الجمهور على انها فرض وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك الى أنها سنة وبه قال أهل العراق وقال قوم هي ملسوخة بالزكاة * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ثبت من حديث عبد الله بن عمر انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعا من تمر أو صاعا من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو انثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضى الوجوب على مذهب من يقلد صاحب في فهم الوجوب أو الندب من أمره عليه الصلاة والسلام اذا لم يجد لنا لفظه وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حديث الأعرابي المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل على غيرها قال لا الا أن تطوع فذهب الجمهور الى أن هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير الى أنها غير داخلة واحتجوا في ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يامرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم تؤمر بها ولم تنه عنها ونحن نفعله .

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيمن تجب عليه وعن تجب وأجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بها ذكرنا كانوا أو اناثا صغارا أو كبارا عبيداً أو أحرارا لحديث ابن عمر المتقدم الا ما شذ فيه الليث فقال ليس على أهل العمود زكاة الفطر وانما هي على أهل القرى ولا حجة له وما شذ أيضا من قول من لم يوجبها على اليتيم وأما عن تجب فانهم انفقوا على انها تجب على المرء في نفسه وأنها زكاة بدن لا زكاة مال وأنها تجب في ولده الصغار عليه اذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده اذا لم يكن لهم مال واختلفوا فيما سوى ذلك. وتلخيص مذهب مالك في ذلك انها تلزم الرجل عن الزمة الشرع النفقة عليه ووافقه في ذلك الشافعي وانما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن تلزم المرء نفقته اذا كان معسرا ومن ليس تلزمه وخالفه أبو حنيفة في الزوجة وقال تؤدي عن نفسها وخالفهم أبو ثور في العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده وبه قال أهل الظاهر. والجمهور على انه لا تجب على المرء في أولاده الصغار اذا كان لهم مال زكاة فطروبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن هي على الأب وان أعطاها من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه الزكاة الغنا عند أكثرهم ولا نصاب بل أن تكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال أبو حنيفة

وأصحابه لا يجب على من تجوز له الصدقة لأنه لا يجتمع أن تجوز له وأن تجب عليه وذلك
 دين وإله أعلم وإنما اتفق الجمهور على أن هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف في ذاته
 فقط كالحال في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لا يجابهم على الصغير والعبيد فمن فهم من
 هذا أن علة الحكم الولاية قال الولي يلزمه اخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من
 هذه النفقة قال المنفق يجب أن يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وإنما
 عرض هذا الاختلاف لأنه اتفق في الصغير والعبد وهما اللذان نبها على أن هذه الزكاة
 ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيها ووجوب
 النفقة فذهب مالك الى ان العلة في ذلك وجوب النفقة وذهب أبو حنيفة الى أن
 العلة في ذلك الولاية ولذلك اختلفوا في الزوجة وقد روى سرفوعا: أدوا زكاة الفطر
 عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور . واختلفوا من العبيد في مسائل . أحدها
 كما قلنا وجوب زكاته على السيد إذ كان له مال وذلك مبنى على أنه يملك أولا
 يملك . والثانية في العبد الكافر هل يؤدي عنه زكاته أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد
 ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه والسبب في اختلافهم
 اختلافهم في الزيادة الواردة في ذلك في حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فإنه
 قد خولف فيها نافع فكون ابن عمر أيضا الذي هو راوى الحديث من مذهب اخراج الزكاة
 عن السيد الكفار وللخلاف أيضا سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد في
 العبد هل هي لمكان أن العبد مكلف او انه مال فمن قال لمكان انه مكلف اشترط
 الاسلام ومن قال لمكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على
 أن العبد اذا أعتق ولم يخرج عنه مولاة زكاة الفطر انه لا يلزمه اخراجها عن نفسه
 بخلاف الكفارات ، والثالثة في المكاتب فإن مالك وأبا ثور قالوا يؤدي عنه
 سيده زكاة الفطر وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد لا زكاة عليه فيه . والسبب
 في اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد ، والرابعة في عبيد التجارة ذهب مالك
 والشافعي وأحمد الى ان على السيد فيهم زكاة الفطر . وقال أبو حنيفة وغيره ليس في
 عبيد التجارة صدقة . وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم
 العبد يقتضي وجوب الزكاة في عبيد التجارة وغيرهم وعند أبي حنيفة أن هذا العموم
 مخصص بالقياس وذلك هو اجتماع زكائين في مال واحد . وكذلك اختلفوا في عبيد
 العبيد وفروع هذا الباب كثيرة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ماذا تجب فإن قوما ذهبوا إلى أنها تجب إما من البر أو من التمر أو الشعير أو الزبيب أو الاقط. وإن ذلك على التخيير الذي تجب عليه، وقوم ذهبوا إلى أن الواجب عليه هو غالب قوت البلد أو قوت المكلف إذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذي حكاه عبد الوهاب عن المذهب رحمته والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث أبي سعيد الخدري أنه قال : كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال أي أخرج من هذه أجزاء عنه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الإباحة وإنما سببه اعتبار قوت المخرج أو قوت غالب البلد قال بالقول الثاني. وأما كم يجب فإن العلماء اتفقوا على أنه لا يؤدي في زكاة الفطر من التمر والشعير أقل من صاع. لثبت ذلك في حديث ابن عمر. واختلفوا في قدر ما يؤدي من القمح فقال مالك والشافعي لا يجزى منه أقل من صاع، وقال أبو حنيفة وأصحابه يجزى من البر نصف صاع رحمته والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك أنه جاء في حديث أبي سعيد الخدري أنه قال : كنا نخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب وظاهره أنه أراد بالطعام القمح وروى الزهري أيضاً عن أبي سعيد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في صدقة الفطر صاعاً من بر بين اثنين أو صاعاً من شعير أو تمر عن كل واحد خرجه أبو داود وروى عن ابن المسيب أنه قال : كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر فمن أخذ بهذه الأحاديث قال نصف صاع من البر ومن أخذ بظاهر حديث أبي سعيد وقاس البر في ذلك على الشعير سوى بينهما في الوجوب .

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما متى يجب إخراج زكاة الفطر فانهم اتفقوا على أنها تجب في آخر رمضان لحديث ابن عمر : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان. واختلفوا في تحديد الوقت فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر وروى عنه أشهب أنها تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالأول قال أبو حنيفة وبالثاني قال الشافعي رحمته وسبب اختلافهم هل هي عبادة متعلقة بيوم

العید أو بخروج شهر رمضان لان ليلة العید لیست من شهر رمضان وقائدة هذا الاختلاف فی المولود یولد قبل الفجر من یوم العید وبعد مغیب الشمس هل تجب علیه أم لا تجب .

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما لمن تصرف فاجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام : أغنوهم عن السؤال فی هذا الیوم . واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجمهور على أنها لا تجوز لهم وقال أبو حنیفة تجوز لهم بما وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط أو الفقر والاسلام معا فن قال الفقر والاسلام لم یجزها للذین ومن قال الفقر فقط أجازها لهم واشترط قوم فی أهل الذمة الذین تجوز لهم ان یكونوا رهبانا وأجمع المسلمون على أن زكاة الاموال لا تجوز لاهل الذمة لقوله علیه الصلاة والسلام صدقة تؤخذ من أغنیائهم وترد على فقرائهم



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

(كتاب الحج)

والنظر فی هذا الكتاب فی ثلاثة أجناس . المجلس الاول یشتمل على الاشياء التي تجرى من هذه العبادة مجرى المقدمات التي تجب معرفتها لعمل هذه العبادة . المجلس الثاني فی الاشياء التي تجرى منها مجرى الاركان وهي الامور المعمولة انفسها والاشياء المتروكة . المجلس الثالث فی الاشياء التي یجری منها مجرى الامور اللاحقة وهي أحكام الافعال وذلك ان كل عبادة فانها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الاجناس .

(المجلس الاول) وهذا الجنس یشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من یجب ومتى یجب ، فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه « ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا » وأما شروط الوجوب فان الشروط فی قسمان شروط صحة وشروط وجوب ، فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شروطه الاسلام اذ لا یصح حج من ليس بمسلم . واختلفوا فی صحة وقوعه من الصبی فذهب مالك والشافعی الى جواز ذلك ومنع منه

أبو حنيفة رحمه الله وسبب الخلاف معارضة الأثر في ذلك للأصول وذلك ان من أجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرجه البخاري ومسلم وفيه ان امرأة رفعت اليه عليه الصلاة والسلام صيماً فقالت ألمذا حج يا رسول الله قال نعم ولك أجر ومن منع ذلك تمسك بان الأصل هو أن العبادة لا تصح من غير عاقل وكذلك اختلف أصحاب مالك في صحة وقوعها من المفلح الرضيع ويلبغى ان لا يختلف في صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه الصلاة والسلام من السبع الى العشر وأما شروط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام ولا خلاف في اشتراط الاستطاعة في ذلك لقوله تعالى « من استطاع اليه سبيلاً » وان كان في تفصيل ذلك اختلاف وهي بالجملة تصور على نوعين مباشرة ونيابة فاما المباشرة فلا خلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الأمن. واختلفوا في تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب ان من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع المشي فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب في حقه بل يجب عليه الحج وكذلك لبس الزاد عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الاكتساب في طريقه ولو بالسؤال رحمه الله والسبب في هذا الخلاف معارضة الأثر الوارد في تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد أثر عنه عليه الصلاة والسلام أنه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل أبو حنيفة والشافعي ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشي ولا له قوة على الاكتساب في طريقه وإنما اعتقد الشافعي هذا الرأي لان من مذهبه اذا ورد الكتاب مجملاً فوردت السنة بتفسير ذلك المجمال انه ليس ينبغي العدول عن ذلك بتفسيره وأما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأبي حنيفة انه لا يلزم النيابة اذا استطاعت مع العجز عن المباشرة، وعند الشافعي انها تلزم فيلزم على مذهبه الذي عنده مال يقدر أن يحج به عنه غيره اذا لم يقدر هو بيده ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من أخ أو قريب سقط ذلك عنه وهي المسئلة التي يعرفونها بالمعصوب وهو الذي لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الذي يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده أن يخرجوا من ماله بما يحج به عنه رحمه الله وسبب الخلاف في هذا معارضة القياس للأثر وذلك ان القياس يقتضي ان العبادات لا ينوب فيها أحد عن أحد فانه لا يصلي أحد عن أحد باتفاق ولا يزكى أحد عن أحد. وأما الأثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله فريضة الله في الحج على عباده ادركت ابي شيخاً كبيراً لا يستطيع

ان ثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم وذلك في حجة الوداع فهذا في الحى وأما في الميت فحديث ابن عباس أيضا خرج البخارى قال جاءت امرأة من جهينة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أمى نذرت الحج فماتت أفأحج عنها قال حجي عنها أرايت لو كان عليها دين اكنت قاضيته دين الله أحق بالقضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعاً وانما الخلاف في وقوعه فرضاً. واختلفوا من هذا الباب في الذى يحج عن غيره سواء كان حياً أو ميتاً هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا فذهب بعضهم الى ان ذلك ليس من شرطه وان كان قد أدى الفرض عن نفسه فذلك أفضل وبه قال مالك فيمن يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحى لا يقع وذهب آخرون الى ان من شرطه أن يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعى وغيره انه ان حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلاً يقول : ليك عن شبرمة قال ومن شبرمة فقال أخ لى أو قال قريب لى قال أفحججت عن نفسك قال لا قال فحج عن نفسك ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى عللت هذا الحديث بانه قد روى موقوفاً على ابن عباس. واختلفوا من هذا الباب في الرجل يؤاجر نفسه في الحج فكره ذلك مالك والشافعى وقالوا ان وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك أبو حنيفة وعمدته انه قربته الى الله عز وجل فلا تجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة في كتب المصاحف وبناء المساجد وهي قربة والاجارة في الحج عند مالك نوعان . أحدها الذى يسميه أصحابه على البلاغ وهو الذى يؤاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فان نقص مأخذه عن البلاغ وفاء ما يبلغه وان فضل عن ذلك شئ رده . والثانى على سنة الاجارة ان نقص شئ وفاء من عنده وان فضل شئ فله . والجمهور على أن العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق وأرجيه عليه بعض أهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه الفريضة ومن تقع . وأما متى يجب فانهم اختلفوا هل هي على الفور أو على التراخى والقولان متاولان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتأخرين من أصحابه انها على التراخى وبالقول انها على الفور قال البغداديون من أصحابه. واختلف في ذلك قول أبى حنيفة وأصحابه والمختار عندهم انه على الفور. وقال الشافعى هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبي صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما أخره النبي عليه الصلاة والسلام ولو أخره لعذر لينه وحجة الفريق الثانى انه لما كان مختصاً بوقت كان الاصل تأنيب تاركه حتى يذهب الوقت أصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق الثانى بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر

وجوبها بتكرار الوقت وبالجمله فمن شبهه أول وقت من أوقات الحج الطارئة على المكلف المستطيع بأول الوقت من الصلاة قال هو على التراخي ومن شبهه بآخر الوقت من الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه ينقضى بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقضى وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلي مؤديا ويحتاج هؤلاء بالفرق الذي يلحق المكلف بتأخيره الى عام آخر بما يوجب على الظن من امكان وقوع الموت في مدة من عام ويرون انه بخلاف تأخير الصلاة من أول الوقت الى آخره لان الغالب انه لا يموت أحد في مقدار ذلك الزمان الا نادرا وربما قالوا ان التأخير في الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذي يؤدي فيه الصلاة والتأخير ههنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو ليس يشبه في هذا الامر المطلق وذلك ان الامر المطلق عذ من يقول انه على التراخي ليس يؤدي التراخي فيه الى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المأمور فيه كما يؤدي التراخي في الحج اذا دخل وقته فأخره المكلف الى قابل فليس الاختلاف في هذه المسئلة من باب اختلافهم في مطلق الامر هل هو على الفور أو على التراخي كما قد يظن. واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة ان يكون معها زوج او ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعي ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المرأة الى الحج اذا وجدت رفقة مأمونة وقال أبو حنيفة واحمد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط في الوجوب ثم سبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه لانه عن سفر المرأة ثلاثا الا مع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر الا مع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث أو رأى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذى محرم فقد قلنا في وجوب هذا النسك الذي هو الحج وبأى شيء يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقي من هذا الباب القول في حكم النسك الذي هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وبه قال الشافعي واحمد وابو ثور وابو عبيد والثوري والاوزاعي وهو قول ابن عباس من الصحابة وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هي سنة وقال أبو حنيفة هي تطوع وبه قال أبو ثور وداود فمن أوجبها احتج بقوله تعالى (واتموا الحج والعمرة لله) وبأثار مروية منها ما روى عن ابن عمر عن أبيه قال دخل اعرابي حسن الوجه أبيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه

وسلم فقال ما الاسلام يا رسول الله فقال أن تشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعمرو وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما نزلت ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنان حجة وعمره فمن قضاها فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : الحج والعمرة فريضتان لا يضررك بأيهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم. وأما حجة الفريق الثاني وهم الذين يرون أنها ليست واجبة فالاحاديث المشهورة الثابتة الواردة في تعديد فرائض الاسلاج من غير أن يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحم مفردا ومثل حديث السائل عن الاسلام قالت في بعض طرقه وان يحج البيت وربما قالوا ان الامر بالانتماء ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض تأعنى اذا شرع فيها أن تتم ولا تقطع واحتج هؤلاء أيضا أعنى من قال انها سنة بآثار منها حديث الحجاج بن ارطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم عن العمرة أواجبة هي قال لا ولان تعمر خير لك قال ابن عمر وليس هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روى عن أبي صالح الحنفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فسبب الخلاف في هذا هو تعارض الآثار في هذا الباب وتردد الامر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه .

القول في الجنس الثانى

(وهو تعريف أفعال هذه العبادة في نوع نوع منها والتروك المشترطة فيها)

وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمره والحج ثلاثة أصناف افراد وتمتع وقران وهي كلها تشتمل على أفعال محدودة في أمكنة محدودة وأوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشترط في تلك الافعال ولكل هذه أحكام محدودة اما عند الإخلال بها واما عند الطوارئ. المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولا الى القول في الافعال والى القول في التروك. وأما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول في الاحكام فلنبداً بالافعال وهذه منها ما تشترك فيه هذه الاربعة الانواع من النسك أعنى أصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها ما يختص بواحد واحد منها فلنبداً

من القول فيها بالمشترك ثم نصير الى ما يخص واحداً واحداً منها فنقول ان الحج والعمرة أول أفعالهما الفعل الذي يسمى الاحرام.

❦ القول في شروط الاحرام ❦

والاحرام شروطه الأول المكان والزمان . أما المكان فهو الذي يسمى مواقيت الحج فلنبداً بهذا فنقول أن العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التي منها يكون الاحرام أما لاهل المدينة فذو الحليفة وأما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يعلم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره ❦ واختلفوا في ميقات اهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق ❦ وقال الشافعي والثوري ان أهلوا من العميق كان أحب إليهم واختلفوا فيمن أقته لهم فقالت طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي أقت لاهل العراق ذات عرق والعميق وروى ذلك من حديث جابر وابن عباس وعائشة . وجمهور العلماء على ان من يخطئ هذه وقصده الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه دماً وهؤلاء منهم من قال ان رجوع الى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعي ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وأنه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا يذكر في الاحكام وجمهور العلماء على ان من كان منزله دونهن فيمقات احرامه من منزله . واختلفوا هل الافضل احرام الحاج منهن أو من منزله اذا كان منزله خارجاً منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منهارضة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة ، وقال مالك واسحاق وأحمد احرامه من المواقيت أفضل وعمدة هؤلاء الاحاديث المتقدمة وانما السنة التي سنهارسول الله صلى الله عليه وسلم فهي أفضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قد أحرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم أعرف بالسنة وأصول أهل الظاهر تقتضي أن لا يجوز الاحرام الا من الميقات الا أن يصح اجماع على خلافه . واختلفوا فيمن ترك الاحرام من ميقاته وأحرم من ميقات آخر غير ميقاته . مثل أن يترك أهل المدينة الاحرام من ذي الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم . ومن قال به مالك وبعض أصحابه وقال أبو حنيفة ليس عليه شيء ❦ وسبب الخلاف هل هو من النسك الذي يجب في تركه التمس أم لا ولا خلاف أنه يلزم الاحرام من هذه المواقيت ممن أراد الحج أو العمرة . وأما من لم يردّها ومر بهما فقال

قوم كل من مر بهما يلزمه الاحرام الا من يكثر ترداده مثل الخطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام بها الا لمريد الحج أو العمرة وهذا كله لمن ليس من أهل مكة . وأما أهل مكة فانهم يحرمون بالحج أو بالعمرة يخرجون الى الحل ولا بد وأما متى يحرم بالحج أهل مكة فقل اذا رأوا الهلال وقيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترك لأنواع هذه العبادة .

(القول في ميقات الزمان)

وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضاً في أنواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذي الحجة باتفاق، وقال مالك ثلاثة الأشهر كلها محل للحج، وقال الشافعي الشهران وعشر من ذي الحجة، قال أبو حنيفة عشر فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج أشهر معلومات فوجب ان يطابق على جميع أيام ذي الحجة أصله انطلاقه على جميع أيام شوال وذو القعدة ودليل الفريق الثاني انتفاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء أفعاله الواجبة وقائده الخلاف تأخر طواف الاقضية الى آخر الشهر وان أحرم بالحج قبل أشهر الحج كرهه مالك ولم يكن صحيح احرامه عنده وقيل غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي ينعقد احرامه احرام عمرة فمن شبهه بوقت الصلاة قل لا يقع قبل الوقت ومن اعتمد عموم قوله تعالى (واتوا الحج والعمرة لله) قال متى احرم انعقد احرامه لانه مأمور بالانتماء وربما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة في وقت نظيرتها انقلبت الى النظر مثل أن يصوم نذراً في أيام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف في المذهب. وأما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها في كل أوقات السنة لانها كانت في الجاهلية لا تصنع في أيام الحج وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام : دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال أبو حنيفة تجوز في كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق فانها تكره. واختلفوا في تكريرها في السنة الواحدة مراراً فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثاً في السنة الواحدة، وقال الشافعي وأبو حنيفة لا كراهية في ذلك فهذا هو القول في شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغي بعد ذلك أن نصير الى القول في الاحرام وقبل ذلك ينبغي أن نقول في تروكه ثم نقول بعد ذلك في الافعال الخاصة بالمحرم الى حين احلاله وهي أفعال الحج كلها وتروكه ثم نقول في أحكام الاخلال بالتروك والافعال ولنبدأ بالتروك .

(القول في التروك وهو ما يمنع الاحرام من الامور المباحة للحلال)

والاصل في هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تلبسوا القميص ولا العائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لا يجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئاً منه الزعفران ولا الورس فاتفق العلماء على بعض الاحكام الواردة في هذا الحديث واختلفوا في بعضها فما اتفقوا عليه أنه لا يلبس المحرم قميصاً ولا شيئاً مما ذكر في هذا الحديث ولا ما كان في معناه من غيظ الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال أعني تحريم لبس المخيط وأنه لا بأس للمرأة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والحرير واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له لباسها فقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز له لباس السراويل وإن لبسها افتدى، وقال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وداود لا شيء عليه إذا لم يجد أزاراً وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان في ذلك رخصة لاستناها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى في لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : السراويل لمن لم يجد الأزار والخف لمن لم يجد النعالين وجهور العلماء على اجازة لبس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعالين وقال أحمد جاز لمن لم يجد النعالين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذاً بمطلق حديث ابن عباس وقال عطاء في قطعهما فساد والله لا يحب الفساد . واختلفوا فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعالين فقال مالك عليه الفدية وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي وسنذكرها في الاحكام . وأجمع العلماء على أن المحرم لا يلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر : لا تلبسوا من الثياب شيئاً منه الزعفران ولا الورس . واختلفوا في المصفر فقال مالك ليس به بأس فإنه ليس بطيب؛ وقال أبو حنيفة والثوري هو طيب وفيه الفدية وحجة أبي حنيفة ما أخرجه مالك عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس القسي وعن لبس المصفر . وأجمعوا على أن احرام المرأة في وجهها وان لها أن تغطي رأسها وتستر شعرها وان لها أن تسدل ثوبها على وجهها فوق رأسها سداً خفيفاً تستتر به من نظر الرجال اليها كمنحو ماروي عن عائشة أنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فإذا مر بناركب سدلتنا على وجوهنا الثوب من قبل رؤسنا

واذا جاوز الركب رفعناه ولم يأت تغطية وجوههن الا مارواه مالك عن فاطمة بنت المنذر انها قالت كنا نخمّر وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديق واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد اجماعهم على انه لا يخمّر رأسه فروى مالك عن ابن عمر أن مافوق الذقن من الرأس لا يخمّره المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه انه ان فعل ذلك ولم ينزعه مكانه اقتدى، وقال الشافعي والثوري واحمد وداود وأبو ثور يخمّر المحرم وجهه الى الحاجبين وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن أبي وقاص. واختلفوا في لبس القفازين للمرأة فقال مالك ان لبست المرأة القفازين اقتدت ورخص فيه الثوري وهو مروي عن عائشة والحجة لمالك ماخرجه أبو داود عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه نهى عن النقاب والقفازين وبعض الرواة يرويه مرفوعا عن ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث أغنى رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فهذا هو مشهور واختلافهم واتفاقهم في اللباس * واصل الخلاف في هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أو لا ثبوته، وأما الشيء الثاني من المتروكات فهو الطيب وذلك أن العلماء أجمعوا على أن الطيب كله يحرم على المحرم بالجماع والعمرة في حال احرامه. واختلفوا في جوازه للمحرم عند الاحرام قبل أن يحرم لما يبق من أثره عليه بعد الاحرام فذكره قومه وأجازوه آخرون ومن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين ومن أجازوه أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الاثر حديث صفوان بن يحيى ثبت في الصحيح وفيه أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بعجبة مضمخة بطيب فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في حجة بعد ما تضخ بطيب فأنزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال أين السائل عن العمرة آنفاً فالتبس الرجل فأنى به فقال عليه الصلاة والسلام : أما الطيب الذي بك فاغسله عنك ثلاث مرات وأما الحية فانزعها ثم اصنع ماشئت في عمرتك مما تصنع في حجتك اختصرت الحديث وفقه هو الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني مارواه مالك عن عائشة انها قالت كنت أطيب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت واعتل الفريق الاول بما روى عن عائشة انها قالت وقد بانها انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه يرحم الله أبا عبد الرحمن طيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم أصبح محرما قالوا واذا طاف على نسائه اغتسل فانما يبقى عليه أثر ريح الطيب لاجرمه نفسه قالوا ولما كان الاجماع قد انعقد

على ان كل ما لا يجوز للمحرم ابتداءً وهو محرم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استصحابه وهو محرم فوجب أن يكون الطيب كذلك ثم فبسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا الحكم . وأما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء وذلك انه أجمع المسلمون على ان وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى (فلأرقت ولا فسوق ولا جدال في الحج) . وأما الممنوع الرابع وهو القاء النفت وازالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على انه يجوز له غسل رأسه من الجنابة. واختلفوا في كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لا بأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدته ان عبد الله بن عمر كان لا يغسل رأسه وهو محرم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ما روى مالك عن عبد الله بن جبير أن ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالأبداء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال المسور لا يغسل المحرم رأسه قال فأرسلني عبد الله بن عباس الى أبي أيوب الاصاري قال فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن جبير أرسلني اليك عبد الله بن عباس أسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم فوضع أبو أيوب يده على الثوب فتطأطأ حتى بدا لي رأسه ثم قال لانسان أصيب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيده فأقبل بهما وأدير ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول ما يزيد الماء إلا شدة رواء مالك في الموطأ وحمل مالك حديث أبي أيوب على غسل الجنابة والحجبة له اجماعهم على ان المحرم ممنوع من قتل القمل ونبذ الشعر والقاء النفت وهو الوسخ والغسل رأسه هو إما ان يفعل هذه كلها أو بعضها. واتفقوا على منع غسله رأسه بالخطمي وقال مالك وأبو حنيفة ان فعل ذلك افتدى وقال أبو ثور وغيره لا شيء عليه. واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى ان على من دخله الفدية وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري وداود لا بأس بذلك وروى عن ابن عباس دخول الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن ان يكره دخوله لان المحرم منهي عن القاء النفت . وأما المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك ايضا يجمع عليه لقوله سبحانه (وحرم عليكم صيد البر ما دنتم حرما) وقوله تعالى (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وأجمعوا على انه لا يجوز له صيده ولا أكل ما صاده هو منه. واختلفوا اذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله على ثلاثة أقوال ، قول انه يجوز له أكله على الاطلاق وبه قال أبو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير ، وقال قوم هو محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلى عمر وبه قال الثوري ، وقال مالك ما لم يصد من أجل المحرم أو من أجل قوم محرمين فهو حلال وما صيد من أجل محرم فهو حرام على المحرم وسبب اختلافهم تعارض الآثار

في ذلك ، أحدها ما خرجه مالك من حديث أبي قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحاب له محرمين وهو غير محرم فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه فابوا عليه فساء لهم ربحه فابوا عليه فاخذه ثم شد على الحمار فقتله فأكل منه بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بعضهم فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال : إنما هي قطعة أطعمكم الله وجاء أيضاً في معناه حديث طلحة بن عبيد الله ذكره النسائي أن عبد الرحمن التيمي قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فاهدى له ظبي وهو راقد فأكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق على أكله وقال أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم والحديث الثاني حديث ابن عباس خرجه أيضاً مالك انه اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً وهو بالابواء أو بواد فرده عليه وقال انا لم نرده عليك الا انا حرم وللأختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهي عن الأكل بشرط القتل أو يتعلق بكل واحد منهما على الانفراد فمن اخذ بحديث أبي قتادة قال ان النهي انما يتعلق بالأكل مع القتل ومن اخذ بحديث ابن عباس قال النهي يتعلق بكل واحد منهما على انفراده فمن ذهب في هذه الأحاديث مذهب الترجيح قال اما بحديث أبي قتادة وأما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الأحاديث قال بالقول الثالث قالوا واجمع أولى وأكدوا ذلك بما روى عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : صيد البر حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم . واختلفوا في المضطر هل يأكل الميتة أو يصيد في الحرم فقال مالك وأبو حنيفة والثوري وزفر وجماعة اذا اضطرأ كل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد. وقال أبو يوسف يصيد ويأكل وعليه الجزاء والاول أحسن للتدريسة وقول أبي يوسف أقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الأغراض وما حرم لعملة أخف مما حرم لعينه وما هو محرم لعينه أغلظ فهداه الحنابلة اتفق المسلمون على انها من محظورات الاحرام . واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت ، وقال أبو حنيفة والثوري لا بأس بان ينكح المحرم وان ينكح . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فاحدها ما رواه مالك من حديث عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرجه أهل الصحيح الا أنه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

عليه وسلم : تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن أبي رافع وعن سفيان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الأصم ويمكن الجمع بين الحديثين بأن يحمل الواحد على الكراهية والثاني على الجواز فهذه هي مشهورات ما يحرم على المحرم. وأما مني يحل فسنذكره عند ذكرنا أفعال الحج وذلك أن المأتمر يحل إذا طاف وسعى وحلق. واختلفوا في الحاج على ما سيأتى بعد واذ قد قلنا في ترك المحرم فلنقل في أفعاله .

﴿ القول في أنواع هذا النسك ﴾

والمحرمون اما محرم بعمره مفردة أو محرم بحج مفرد أو جامع بين الحج والعمره وهذان ضربان اما متمتع واما قارن فينبغي أولا ان نعبرد أصناف هذه المناسك اثلاث ثم نقول ما يفعل المحرم في كلها وما يخص واحدا واحدا منها ان كان هناك ما يخص وكذلك نفعل فيما بعد الاحرام من أفعال الحج .

(القول في شرح أنواع هذه المناسك)

فنقول ان الافراد هو ما يتعبرى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب ان نبدأ أولا بصفة التمتع ثم نردف ذلك بصفة القران .

﴿ القول في المتمتع ﴾

فنقول ان العلماء اتفقوا على ان هذا النوع من النسك الذى هو المعنى بقوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) هو ان يهل الرجل بالعمرة في أشهر الحج من الميقات وذلك اذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ثم يأتى حتى يصل البيت فيطوف لعمرة ويسعى ويحلق في تلك الأشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام بعينه وفي تلك الأشهر بعينها من غير أن ينصرف الى بلده الا ما روى عن الحسن انه كان يقول هو متمتع وان عاد الى بلده ولم يحج أى عليه هدى المتمتع المنصوص عليه في قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) لانه كان يقول عمرة في أشهر الحج متمتع، وقال طاوس من اعتمر في غير أشهر الحج ثم أقام حتى يحج وحج من عامه انه متمتع. واتفق العلماء على ان من لم يكن من خاضرى المسجد الحرام فهو متمتع. واختلفوا في المكي هل يقع منه التمتع أم لا يقع والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا على انه ليس عليه دم لقوله تعالى (ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام) واختلفوا فيمن هو حاضر بالمسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضروا المسجد الحرام هم أهل مكة وذى طوى وما كان مثل ذلك من مكة، وقال أبو حنيفة هم أهل المواقيت فمن دونهم الى مكة . وقال الشافعى بمصر من

كان بينه وبين مكة ليلتان وهو أكل المواقيت، وقال أهل الظاهر من كان ساكن الحرم وقال الثوري هم أهل مكة فقط وأبو حنيفة يقول ان حاضري المسجد الحرام لا يقع منهم التمتع وكره ذلك مالك بسبب الاختلاف ما يدل عليه اسم حاضري المسجد الحرام بالاقول والاكثر ولعلك لا يشك ان أهل مكة هم من حاضري المسجد الحرام كالا يشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع أنه تمتع بتحاله بين النسكين وسقوط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثاني الذي هو الحج وهنا نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما، أحدهما فسخ الحج في عمرة وهو تحويل النية من الاحرام بالحج الى العمرة فجمهور العلماء بكرهون ذلك من الصدر الاول وفقهاء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال أحمد وداود وكثيرون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر اصحابه عام حجة بفسخ الحج في العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام: لو استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي ولجعلتها عمرة وأمره لمن لم يسق الهدي من أصحابه أن يفسخ اهلاله في العمرة وبهذا تمسك أهل الظاهر والجمهور رأوا ذلك من باب الخصوص لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روى عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن الحارث ابن بلال بن الحارث المدني عن أبيه قال قلت يا رسول الله افسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا قال لنا خاصة وهذا لم يصح عند أهل الظاهر صحة يعارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر انه قال متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم انا أنهي عنهما وأما قب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروى عن عثمان أنه قال متعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال أبو ذر ما كان لاحد بعدنا أن يحرم بالحج ثم يفسخه في عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) والظاهرية على أن الاصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله أو سنة ثابتة على انه خاص بسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم أو على الخصوص . وأما النوع الثاني من التمتع فهو ما كان يذهب اليه ابن الزبير أن التمتع الذي ذكره الله هو تمتع المختضر بمرض أو عدو وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو أو أمر تعذر به عليه الحج حتى تذهب أيام الحج فيأتي البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم يتمتع محله الى العام المقبل ثم يحج ويهدي وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجماعا وشذطاوس أيضا فقال ان المكي اذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدي. واختلف العلماء فيمن أنشأ عمرة في غير أشهر الحج تم عملها في أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته في الشهر الذي حل فيه فان كان حل في أشهر الحج فهو متمتع وان كان حل في غير أشهر الحج فليس بتمتع وبقریب منه قال أبو حنيفة

والشافعي والثوري إلا أن الثوري اشترط أن يوقع طوافه كله في شوال وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إن طاف ثلاثة أشواط في رمضان وأربعة في شوال كان متمتعا وإن كان عكس ذلك لم يكن متمتعا أعني أن يكون طاف أربعة أشواط في رمضان وثلاثة في شوال وقال أبو ثور إذا دخل في العمرة في غير أشهر الحج فسواء طاف لها في أشهر الحج وفي غير أشهر الحج لا يكون متمتعا وسبب الاختلاف هل يكون متمتعا بإيقاع إحرام العمرة في أشهر الحج فقط أم بإيقاع الطواف معه ثم إن كان بإيقاع الطواف معه فهل بإيقاعه كله أم أكثره فابو ثور يقول لا يكون متمتعا إلا بإيقاع الإحرام في أشهر الحج لأن بالإحرام تعتقد العمرة والشافعي يقول الطواف هو أعظم أركانها فوجب أن يكون به متمتعا فالجمهور على أن من أوقع بعضها في أشهر الحج كمن أوقعها كلها وشروط التمتع عند مالك ستة . أحدها أن يجمع بين العمرة والحج في شهر واحد . والثاني أن يكون ذلك في عام واحد . والثالث أن يفعل شيئا من العمرة في أشهر الحج . والرابع أن يقدم العمرة على الحج . والخامس أن ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة وإحلاله منها . والسادس أن يكون وطنه غير مكة فهذه هي صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق .

(القول في القارن)

وأما القارن فهو أن يهل بالنسكين معا أو يهل بالعمرة في أشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل أن يحل من العمرة . واختلف أصحاب مالك في الوقت الذي يكون ذلك له فيه فقبل ذلك له مالم بشرع في الطواف ولو شوطا واحدا وقيل مالم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فإن فعل لزمه وقيل له ذلك ما بقى عليه شيء من عمل العمرة من طواف أو سعى ما خلا أنهم اتفقوا على أنه إذا أهل بالحج ولم يبق عليه من أفعال العمرة إلا الحلاق فإنه ليس بقارن . والقارن الذي يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضري المسجد الحرام إلا ابن الماجشون من أصحاب مالك فإن القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى . وأما الأفراد فهو مأخوذ من هذه الصفات وهو أن لا يكون متمتعا ولا قارنا بل أن يهل بالحج فقط . وقد اختلف العلماء أي أفضل هل الأفراد أو القارن أو التمتع . والسبب في اختلافهم اختلافهم فيها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان مفردا وروى أنه تمتع وروى عنه أنه كان قارنا فاختار مالك الأفراد واعتمد في ذلك على ما روى عن عائشة أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فقامنا من أهل بعمرة ومنا من أهل بحج

وعمره وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق كثيرة قال أبو
 عمر بن عبد البر وروى الأفراد عن النبي صلى الله عليه عن جابر بن عبد الله من طرق شتى
 متواترة صحاح وهو قول أبي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبي صلى
 الله عليه وسلم كان متمتعاً احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن
 سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عام حجة الوداع
 بالعمرة إلى الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد
 الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير. واختلف عن عائشة في التمتع والأفراد واعتمد
 من رأى أنه عليه الصلاة والسلام كان قارناً أحاديث كثيرة منها حديث ابن
 عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو
 بوادى العقيق: أتانى الليلة آت من ربي فقال أهل في هذا الوادى المبارك وقال
 عمرة في حجة خرجه البخارى وحديث مروان بن الحكم قال: شهدت عثمان
 وعلياً وعثمان ينهى عن التمتع وإن يجمع بينهما فلما رأى ذلك على أهل بهما
 لييك بعمرة وحجة وقال ما كنت لأدع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم
 أقول أحد خرجه البخارى وحديث أنس خرجه البخارى أيضاً قال سمعت رسول
 الله صلى الله عليه وسلم يقول: لييك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن
 شهاب عن عروة عن عائشة قالت: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة
 الوداع فأهلنا بعمرة ثم قال رسول الله: من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا
 يحل حتى يحل منهما جميعاً واحتجوا فقالوا ومعلوم أنه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى
 وبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى ولا يكون قارناً وحديث
 مالك أيضاً عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال:
 انى قلت هدى وليدت رأسى فلا أحل حتى انحر هدى وقال أحمد لا أشك أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارناً والتمتع أحب إلى واحتج في اختياره التمتع
 بقوله عليه الصلاة والسلام: لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ما سقت الهدى
 ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رأى أن الأفراد أفضل أن التمتع والقران
 رخصة ولذلك وجب فيهما الدم وإذا قلنا في وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما
 شروط وجوبه ومتى يجب وفي أى وقت يجب ومن أى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما
 يجنبه المحرم بما هو محرم ثم قلنا أيضاً في أنواع هذا النسك يجب أن نقول في أول
 أفعال الحاج أو المتمر وهو الإحرام .

(القول في الاحرام)

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للاهلال سنة وأنه من أفعال المحرم حتى قال ابن نوار أن هذا الغسل للاهلال عندما لك أو كد من غسل الجمعة ، وقال أهل الظاهر هو واجب ، وقال أبو حنيفة والثوري يجزى منه الوضوء وحجة أهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسماء بنت عميس أنها ولدت محمد بن أبي بكر بالبيداء فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : مرها فلتغتسل ثم اتهل والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل هو براءة النعمة حتى يثبت الوجوب بامر لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لا حرامه قبل ان يحرم ولدخوله مكة ولو قوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاث من أفعال المحرم . واتفقوا على ان الاحرام لا يكون الا بذية . واختلفوا هل تجزى النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعي تجزى النية من غير التلبية ، وقال أبو حنيفة التلبية في الحج كالتكبير في الاحرام بالصلاة الا أنه يجزى عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزى عنده في افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم . واتفق العلماء على ان افظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ليك اللهم ليك ليك لا شريك لك ابيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وهي من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصح سند واختلفوا في هل هي واجبة بهذا الانظام لا فقال أهل الظاهر هي واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وإنما اختلفوا في الزيادة عليه أو في تبديله وأوجب أهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أتاني جبريل فأمرني ان آمر أصحابي ومن معي أن يرفعوا أصواتهم بالتلبية وبالا هلال . وأجمع أهل العلم على أن تلبية المرأة فيما حكاه أبو عمر هو أن تسمع نفسها بالقول ، وقال مالك لا يرفع المحرم صوته في مساجد الجماعة . بل يكفيه أن يسمع من يليه الا في المسجد الحرام ومسجد منى فإنه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرقاق وعند الاطلال على شرف من الارض . وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبسح حلوقهم وكان مالك لا يرى التلبية من أركان الحج ويرى على تاركها دما وكان غيره يراها من أركانها وحجة من رآها واجبة أن أفعاله صلى الله عليه وسلم اذا أنت بياننا لو اوجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا غني مناسككم وبهذا يحتج من أوجب لفظه فيها فقط ومن لم تر وجوب لفظه فاعتمد في ذلك .

على ما روى من حديث جابر قال قال أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر التلبية التي
في حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزبدون على ذلك لييك ذا المارج ونحوه
من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيئا وما روى عن ابن عمر انه كان يزيد في التلبية
وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره . واستحب العلماء أن يكون ابتداء المحرم بالتلبية
بأثر صلاة يصلحها فكان مالك يستحب ذلك بأثر نافلة لما روى من مرسله عن هشام
بن عروة عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة
وكتبتين فإذا استوت به راحلته أهل . واختلفت الآثار في الموضع الذي أحرم منه
رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من أقطار ذي الحليفة فقال قوم من مسجد ذي
الحليفة بعد أن صلى فيه ، وقال آخرون إنما أحرم حين أطل على البيداء ، وقال قوم إنما
أهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلافهم في ذلك فقال كل حدث
لأعن أول اهلاله عليه الصلاة والسلام بل عن أول اهلال سميته وذلك ان الناس
يأتون متسابقين فملى هذا لا يكون في هذا اختلاف ويكون الاهلال إثر الصلاة وأجمع
فقهاء الامصار على ان المكي لا يلزمه الاهلال حتى اذا خرج الى مي ليتصل له عمل
الحج وعمدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج انه قال لسيد الله بن عمر رأيتك تفعل هنا
أربعاً لم أر أحداً يفعلها فذكر منها ورأيتك اذا كنت بمكة أهل الناس اذا رأوا الهلال
ولم تهل أنت الى يوم التروية فاجابه ابن عمر اما الاهلال فاني لم أر رسول الله صلى
الله عليه وسلم يهل حتى تنبت به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك ان عمر بن
الخطاب كان يأمر أهل مكة أن يهلوا اذا رأوا الهلال ولا خلاف عندهم ان المكي لا يهل الا من جوف
مكة اذا كان حاجاً واما اذا كان معتمراً فاتهم اجمعوا على انه يلزمه أن يخرج الى الحل ثم يحرم منه
ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج أغنى لانه يخرج الى عرفة وهو حل وبالحل
فانفقوا على انها سنة المعتمر . واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه دم وبه قال
أبو حنيفة وابن القاسم ، وقال آخرون لا يجزيه وهو قول الثوري وأشهب . وأما من
يقطع المحرم التلبية فانهم اختلفوا في ذلك فروى مالك ان علي بن أبي طالب رضي
الله عنه كان يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الامر
الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الأئمة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي
يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال أبو عبد الله واختلف
في ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الامصار وأهل الحديث وأبو حنيفة والشافعي
والثوري وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن أبي ليلى وأبو عبيد والطبري والحسن
ابن حي أن المحرم لا يقطع التلبية حتى يرمى جمرة العقبة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم : لم يزل يابى حتى رمى جرة العقبة الا انهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذلرما هله
بامرها لما روى عن ابن عباس ان الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه
وسلم وانه ابى حتى رمى جرة العقبة وقطع التلبية في آخر حصة ، وقال قوم بل يقطعها في
أول جرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود وروى في وقت قطع التلبية أقاويل غير
هذه الا ان هذين القولين هما المشهوران . واختلفوا في وقت قطع التلبية بالعمرة فقال
مالك يقطع التلبية اذا انتهى الى الحرم وبه قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي اذا افتتح الطواف
وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعي أن التلبية معناها اجابة الى
الطواف بالبيت فلا تقطع حتى يشرع في العمل * وسبب الخلاف معارضة القياس
لفعل بعض الصحابة وجهور العلماء كما قلنا متفقون على ادخال المحرم الحج على العمرة
ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال ابو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة
على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه هي افعال المحرم بما هو محرم وهو أول
أفعال الحج وأما الفعل الذي بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل
في الطواف .

القول في الطواف بالبيت

(والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب أو الندب وفي أفعاده)

القول في الصفة

والجمهور مجمعون على ان صفة كل طواف واجبا كان أو غير واجب أن يتبديء من الحجر
الاسود فان استطاع ان يقبله قبله أو يلمسه بيده ويقبلها ان أمكنه ثم يجعل البيت على
يساره ويمضى على يمينه فيطوف سبعة أشواط يرمل في الثلاثة الاشواط الاول ثم يمشي
في الاربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج والمعتبر دون المتمتع وأنه
لا رمل على النساء ويستلم الركن اليماني وهو الذي على قطر الركن الاسود لثبوت
هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الاشواط
الاول للقادم هل هو سنة أو فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وأبو
حنيفة واسحق وأحمد وأبو ثور واختلف قول مالك في ذلك وأصحابه والفرق بين
القولين ان من جعله سنة أوجب في تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئا
واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس
زعم قومك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وان ذلك سنة

فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة ان قرشا زمن الحديبية قالوا ان به وبأصحابه هزالا وقعدوا على قيعمان ينظرون الى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لأصحابه ارملوا أروهم ان بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الاسود من اليماني فاذا توارى مشى وحجة الجمهور حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى أربعاً وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على أبي الطفيل عن ابن عباس فروى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى وعلى أصول الظاهرية يجب الرمل لقوله خذوا عني مناسككم وهو قولهم أو قول بعضهم الآن فيما أظن . وأجمعوا على أنه لا رمل على من أحرم بالحج من مكة من غير أهلها وهم المتمتعون لانهم قد رملوا في حين دخولهم حين طافوا للقدوم . واختلفوا في أهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل أم لا فقال الشافعي كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعي فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك . وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلة أو لغبر علة وهل هو مختص بالمسافر أم لا وذلك أنه كان عليه الصلاة والسلام حين رمل واردا على مكة واتفقوا على أن من سنة الطواف استلام الركنتين الاسود واليماني للرجال دون النساء . واختلفوا هل تستلم الاركان كلها أم لا فذهب الجمهور الى انه انما يستلم الركنتان فقط لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا الركنتين فقط واحتج من رأى استلام جميعها بما روى عن جابر قبل كنا ترى اذا طفنا أن نستلم الاركان كلها وكان بعض السلف لا يحب ان يستلم الركنتين الا في الوتر من الاشواط . وكذلك أجمعوا على ان تقبل الحجر الاسود خاصة من سنن الطواف ان قدروا ان لم يقدر على الدخول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذي رواه مالك أنه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما انت حجر ولولا أني رأيت رسول الله قبلك ما قبلتك ثم قبله . وأجمعوا على ان من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على أنه يأتي بها الطائف عند انقضاء كل اسبوع ان طاف أكثر من اسبوع واحد وأجاز بعض السلف أن لا يفرق بين الاسابيع وأن لا يفصل بينها بركوع ثم يركع لكل اسبوع ركعتين وهو مروى عن عائشة أنها كانت لا تفرق بين ثلاثة الاسابيع ثم تركع ست ركعات وحجة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين وقال

خذو عنى مناسككم وحجة من أجاز الجمع انه قال المقصود انما هو ركعتان لكل اسبوع وانطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنوتتان بعده فجاز الجمع بين اكثر من ركعتين لا كثر من أسبوعين وانما استحباب من يرى أن يفرق بين ثلاثة الأسابيع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم : انصرف الى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف أسابيع غير وتر ثم عاد اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه .

(القول في شروطه)

وأما شروطه فان منها حد موضعه وجمهور العلماء على أن الحجر من البيت وان من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر فيه وأنه شرط في صحة طواف الافاضة وقال أبو حنيفة وأصحابه هو سنة وحجة الجمهور ماروه مالك عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرتها على قواعد إبراهيم قائم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والحشب وهو قول ابن عباس وكان يحتج بقوله تعالى (وليطوفوا بالبيت العتيق) ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر وحجة أبي حنيفة ظاهر الآية . واما وقت جوازه قائم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال ؛ أحدها إجازة الطواف بعد الصبح والمصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبي سعيد الخدري وبه قال مالك وأصحابه وجماعة ، والقول الثاني كراهيته بعد الصبح والمصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة ، والقول الثالث إباحة ذلك في هذه الاوقات كلها وبه قال الشافعي وجماعة واصول ادلتهم راجعة الى منع الصلاة في هذه الاوقات أو إباحتها . أما وقت الطلوع والغروب فالآثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة في ذلك الخلاف ومما احتجت به الشافعية حديث جبير بن مطعم أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : يا بني عبد مناف أو يا بني عبد المطلب ان وليتم من هذا الامر شيأ فلا تمضوا أحدا طاف بهذا البيت ان يصلي فيه أى ساعة شاء من ليل أو نهار رواه الشافعي وغيره عن ابن عينة بسنده الى جبير بن مطعم . واختلفوا في جواز الطواف بغير طهارة مع اجماعهم على ان من سنته الطهارة فقال مالك والشافعي لا يجزى طواف بغير طهارة لاعتماداً ولا سهواً وقال أبو حنيفة يجزى ويستحب له الاعادة وعليه دم ، وقال ابو ثور اذا طاف على غير وضوء اجزاء طوافه ان كان لا يعلم ولا يجزئه ان كان يعلم والشافعي بشرط طهارة ثوب الطائف كاشتراط ذلك للمصلي وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم

الحائض وهي اسماء بنت عميس : اصنعى ما يصنع الحاج غير ان لا تطوفى بالبيت وهو حديث صحيح وقد يحتجون أيضا بما روى انه صلى الله عليه وسلم قال : الطواف بالبيت صلاة الا أن الله احل فيه النطق فلا ينطق الا ببخير وعمدة من أجاز الطواف بغير طهارة اجماع العلماء على جواز السعى بين الصفا والمروة من غير طهارة وانه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث أصله الصوم .

(القول في اعداده وأحكامه)

وأما اعداده فان العلماء اجمعوا على ان الطواف ثلاثة أنواع ؛ طواف القدوم على مكة ، وطواف الاقاسة بعد رمى جمر العقبة يوم النحر ؛ وطواف الوداع واجمعوا على ان الواجب منها الذى يفوت الحج بفواته هو طواف الاقاسة وانه المعنى بقوله تعالى (ثم ليقضوا نفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق) وأنه لا يجزىء عنه دم وجهورهم على انه لا يجزىء . طواف القدوم على مكة عن طواف الاقاسة اذ انسى طواف الاقاسة لكونه قبل يوم النحر ، وقالت طائفة من أصحاب مالك ان طواف القدوم يجزىء عن طواف الاقاسة كأنهم رأوا أن الواجب إنما هو طواف واحد وجهور العلماء على ان طواف الوداع يجزىء عن طواف الاقاسة ان لم يصحكن طاف طواف الاقاسة لانه طواف بالبيت معمول في وقت طواف الوجوب الذى هو طواف الاقاسة بخلاف طواف القدوم الذى هو قبل وقت طواف الاقاسة واجمعوا فيما حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج الا لحائض فوات الحج فانه يجزىء عنه طواف الاقاسة واستحب جماعة من العلماء لمن عرض له هذا ان يرمل في الاشواط الثلاثة من طواف الاقاسة على سنة طواف القدوم من الرمل . واجمعوا على ان المسكى ليس عليه الاطواف الاقاسة كما اجمعوا على انه ليس على المتمسك الاطواف القدوم . واجمعوا ان من تمتع بالعمرة الى الحج ان عليه طوافين . طوافا للعمرة لحله منها . وطوافا للحج يوم النحر على ما في حديث عائشة المشهور . واما المفرد للحج فليس عليه الاطواف واحد كما قلنا يوم النحر . واختلفوا في القارن فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور يجزىء القارن طواف واحد وسعى واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثورى والاوزاعى وأبو حنيفة وابن أبى ليلى على القارن طوافان وسعيان ورووا هذا عن علي وابن مسعود لانهما نساكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد طوافه وسعيه فوجب ان يكون الامر كذلك اذا اجتمعا فهذا هو القول في وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه

وعدده ووقته وصفته والذي يتلو هذا الفعل من أفعال الحج أغنى طواف القدوم هو السعي بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للاحرام فلنقل فيه .

﴿القول في السعي بين الصفا والمروة﴾

﴿والقول في السعي في حكمه وفي صفته وفي شروطه وفي ترتيبه﴾

﴿القول في حكمه﴾

أما حكمه فقال مالك والشافعي هو واجب وإن لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد وإسحاق وقال الكوفيون هو سنة وإذا رجع إلى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولا شيء على تاركه فعمدة من أوجه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسمى ويقول اسمعوا فإن الله كتب عليكم السعي روى هذا الحديث الشافعي عن عبد الله بن المؤمل وأيضاً فإن الأصل أن أفعاله عليه الصلاة والسلام في هذه العبادة محمولة على الوجوب إلا ما أخرجه الدليل من سماع أو إجماع أو قياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجه قوله تعالى «ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما» قالوا إن معناه أن لا يطوف وهي قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه «بين الله لكم أن تضلوا» معناه أي لا تضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وإنما نزلت في الإصرار تخرجوا أن يسموا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسمون عليه في الجاهلية لأنه كان موضع ذبائح المشركين وقد قيل أنهم كانوا لا يسمون بين الصفا والمروة تعظيماً لبعض الأصنام فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم وإنما صار الجمهور إلى أنها من أفعال الحج لأنها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار أغنى وصل السعي بالطواف .

﴿القول في صفته﴾

وأما صفته فإن جمهور العلماء على أن من سنة السعي بين الصفا والمروة أن ينحدر الراقى على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشي على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه إلى ما يلي المروة فإذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتي المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحو ما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وإن وقف أسفل المروة أجزأه .

عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشي على سجيته حتى ينتهي الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى الجانب الذي يلي الصفا يفعل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فان بدأ بالمروة قبل الصفا النفي ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : نبدأ بما بدأ الله به يبدأ بالصفا يريد قوله تعالى « إن الصفا والمروة من شعائر الله » وقال عطاء ان جهل فبدأ بالمروة أجزأ عنه وأجمعوا على أنه ليس في وقت السعي قول محدود فانه موضع دعاء وثبت من حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا يكبر ثلاثا ويقول لا إله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك.

القول في شروطه

وأما شروطه فأنهم اتفقوا على أن من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة : افعل كل ما يفعل الحاج غير ان لا تطوف بالبيت ولا تسعى بين الصفا والمروة انفرد بهذه الزيادة يحيى عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف.

(القول في ترتيبه)

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على أن السعي انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل أن يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى أصاب النساء في العمرة او في الحج كان عليه حج قابل والمهدي أو عمرة أخرى وقال الثوري ان فعل ذلك فلا شيء عليه ، وقال أبو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه أن يسود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعي وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه .

(الخروج الى عرفة)

وأما الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة . واتفقوا على ان الامام يصلي بالناس بمنى يوم التروية الظهر والمصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الا أنهم أجمعوا على أن هذا الفعل ليس

شرطاً في صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها .

(الوقوف بعرفة)

والقول في هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي شروطه . أما حكم الوقوف بعرفة فانهم أجمعوا على أنه ركن من أركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدى في قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام : الحج عرفة . وأما صفته فهو ان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في أول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وأما انفقوا على هذا لان هذه الصفة هي بجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم ان اقامة الحج هي للسلطان الاعظم او لمن يقيمه السلطان الاعظم لذلك وانه يصلي وراءه برأ كان السلطان أو فاجراً أو مبتدعاً وان السنة في ذلك ان يأتى المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر . واختلفوا في وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضى صدرأ من خطبته أو بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب ؛ وقال الشافعي يؤذن اذا أخذ الامام في الخطبة الثانية؛ وقال أبو حنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالاذان فاذن كالحال في الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطب ثم ينزل ويقيم المؤذن الصلاة وبه قال أبو ثور تشبهاً بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الإمام للخطبة وفي حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له وأتى بطن الوادي فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى العصر ولم يصلي بينهما شيئاً ثم راح الى الموقف . واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين بأذنين واقامتين أو بأذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذنين واقامتين؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة يجمع بينهما بأذان واحد واقامتين وروى عن مالك مثل قولهم وروى عن أحمد انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعي حديث جابر الطويل في صفة حجه عليه الصلاة والسلام وفيه انه : صلى الظهر والعصر بأذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروى عن ابن مسعود وحجته ان الاصل هو ان تفرد كل صلاة بأذان واقامة ولا خلاف بين العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة . وكذلك اجمعوا ان القراءة في هذه الصلاة سر وأنها مقصورة

إذا كان الامام مسافرا واختلفوا إذا كان الامام مكيًا هل يتصر بمنى الصلاة يوم التروية وبعرفة يوم عرفة وبالمزدلفة ليلة النحر إن كان من أحد هذه المواضع فقال مالك والاوزاعي وجاعة سنة هذه المواضع التمهيد سواء كان من أهلها أو لم يكن ، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وداود لا يجوز أن يقصر من كان من أهل تلك المواضع وحجة مالك أنه لم يرو أن أحدا أنتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم أعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثاني البقاء على الأصل المعروف أن القصر لا يجوز إلا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص . واختلف العلماء في وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لا تجب الجمعة بعرفة ولا بمنى أيام الحج لا لاهل مكة ولا لغيرهم إلا أن يكون الامام من أهل عرفة ، وقال الشافعي مثل ذلك إلا أنه يشترط في وجوب الجمعة أن يكون هنالك من أهل عرفة أربعون رجلاً على مذهبه في اشتراط هذا العدد في الجمعة ، وقال أبو حنيفة إذا كان أمير الحج ممن لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة إذا صادفها وقال أحمد إذا كان والى مكة يجمع وبه قال أبو ثور .

(وأما شروطه) فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك أنه لم يختلف العلماء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعياً إلى الله تعالى ووقف معه كل من حضر إلى غروب الشمس وأنه لما استيقن غروبها وبأن له ذلك دفع منها إلى المزدلفة ولا خلاف بينهم أن هذا هو سنة الوقوف بعرفة وأجمعوا على أن من وقف بعرفة قبل الزوال وأفاض منها قبل الزوال أنه لا يعتد بوقوفه ذلك وأنه ان لم يرجع فيقف بعد الزوال أو يقف من ليته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاتته الحج وروى عن عبد الله بن معمر الديلمي قال سمعت رسوله الله صلى الله عليه وسلم يقول : الحج عرفات فمن أدرك عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة إلا أنه يجمع عليه . واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منع قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل إلا أن يدفع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام وبعد الغيوبة أجزاء وبالجمعة فشرط صحة الوقوف عنده هو أن يقف ليلاً . وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وان دفع قبل الغروب إلا أنهم اختلفوا في وجوب السهم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضر وهو حديث يجمع على صحته قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع فقلت له هل لي من حج فقال : من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى تفيض أو أفاض قبل ذلك من عرفات ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه

وقضى تفته وأجمعوا على أن المراد بقوله في هذا الحديث نهارا انه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور أن يقولوا ان وقوفه بعرفة الى المغيب قد نبأ حديث عروة بن مضرس أنه على جهة الافضل اذ كان مخيراً بين ذلك وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طرق انه قال : عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومنى كلها موقف وفجاج مكة منحصر وميت، واختلف العلماء في من وقف من عرفة بعرفة فقبل حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعي لا حج له وعمدة من أبطال الحج النهي الوارد عن ذلك في الحديث وعمدة من لم يبطله ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ما قام عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الاصل فهذا هو القول في السنن التي في يوم عرفة . وأما الفعل الذي يلي الوقوف بعرفة من أفعال الحج فهو النهوض الى المزدلفة بعد غيبة الشمس . وما يفعل بها فلنقل فيه .

(القول في افعال المزدلفة)

والقول الجلي أيضا في هذا الموضع ينحصر في . معرفة حكمه . وفي صفته وفي وقته . فأما كون هذا الفعل من أركان الحج فالاصل فيه قوله سبحانه (فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) واجمعوا على ان من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفة انت حجه تام وذلك انها الصفة التي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والميت بها من - من الحج أو من فروضه فقال الاوزاعي وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والمهدي ، وفقهاء الامصار يرون أنه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والميت بها فعليه دم ، وقال الشافعي ان دفع منها الى بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور طاصح عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم ضحفة أهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الاول قوله صلى الله عليه وسلم في حديث عروة ابن المضرس وهو حديث متفق على صحته . من أدرك معنا هذه الصلاة يعني صلاة الصبح بجمع وكان قد أتى قبل ذلك عرفات ليلا أو نهارا فقد تم حجة وقضى تفته وقوله تعالى « فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم » ومن حجة الفريق الاول ان المسلمين

قد أجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما في هذا الحديث وذلك ان أكثرهم على أن من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى قبل الصبح أن حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة. وكذلك أجمعوا على أنه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله أن حجه تام وفي ذلك أيضا ما يضعف احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجعها اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا أن يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء في أول وقت العشاء ويغسلوا بالصباح فيها .

القول في رمي الجمار

وأما الفعل الذي بعد هذا فهو رمي الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على أن النبي صلى الله عليه وسلم : وقف بالمشر الحرام وهي المزدلفة بعدما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس الى منى وأنه في هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جرة العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون ان من رماها في هذا اليوم في ذلك الوقت أعنى بعد طلوع الشمس الى زوالها فقد رماها في وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها . واختلفوا فيمن رمى جرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يلبثنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لاحد ان يرمي قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فان رماها قبل الفجر أعادها . وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد ، وقال الشافعي لا بأس به وان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعليه صلى الله عليه وسلم مع قوله : خذوا عني مناسككم وما روى عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعه أهله وقال : لا ترموا الجرة حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث أم سلمة خرج أبو داود وغيره وهو ان عائشة قالت : أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر فرمت الجرة قبل الفجر ومضت فأفاضت وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث أسماء انها رمت الجرة بديل وقالت انا كنا نصنع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأجمع العلماء ان الوقت المستحب لرمي جرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال وأنه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شيء عليه الا مالكا فإنه قال استحبه له ان يريق دما ، واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل أو من الغد فقال مالك عليه دم وقال أبو حنيفة ان رمى من الليل فلا شيء عليه وان أخرها الى الند فعمله دم ، وقال أبو يوسف ومحمد الشافعي لا شيء عليه ان أخرها الى الليل أو الى

الليل أو الى الغد وحجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لرعاة الابل في مثل ذلك أعني ان يرموا ليلاً وفي حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يا رسول الله رميت بعد ما أمسيت قال له : لا حرج وعمدة مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ومن خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ما روى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة إنما ذلك اذا مضى يوم النحر ورموا جرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو أول أيام النفر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرموا في ذلك اليوم له ولليوم الذي بعده فان نفروا فقد فرغوا وان أقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الاخير ونفروا ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد الا أن مالكا إنما يجمع عنده ماوجب مثل أن يجمع في الثالث فيرمى عن الثاني والثالث لانه لا يقضى عنده الا ما وجب ورخص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذي أضيف الى غيره أو تأخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى في حجته الجرة يوم النحر ثم نحر بدنة ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الافاضة وأجمع العلماء على ان هذا سنة الحج واختلفوا فيمن قدم من هذه ما أخره النبي عليه الصلاة والسلام أو بالعكس فقال مالك من حلق قبل ان يرمى جرة العقبة فعليه الفدية وقال الشافعي وأحمد وداود وأبو ثور لا شيء عليه وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمر انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسألونه فجاء رجل فقال يا رسول الله لم أشعر فحلفت قبل أن انحر فقال عليه الصلاة والسلام انحر ولا حرج ثم جاء آخر فقال يا رسول الله لم أشعر فتحررت قبل أن أرمى فقال عليه الصلاة والسلام : ارم ولا حرج قال فاستل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شيء قدم أو آخر إلا قال افعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع أن الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمي الجمار وعند مالك ان من حلق قبل أن يذبح فلا شيء عليه وكذلك ان ذبح قبل أن يرمى وقال أبو حنيفة ان حلق قبل أن ينحر أو يرمى فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء دم للقران، ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمي . وأجمعوا على أن من نحر قبل أن يرمى فلا شيء عليه لانه منصوص عليه الا ما روى عن ابن عباس انه كان يقول من قدم من حجه شيئاً أو

آخره فليهرق دماً وأنه من قدم الافاضة قبل الرمي والحلق أنه يلزمه إعادة الطواف وقال الشافعي ومن تابعه لا إعادة عليه وقال الاوزاعي اذا طاف للافاضة قبل ان يرمي جرة العقبة ثم واقع أهله أراق دماً واتفقوا على ان جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جرة العقبة بسبع وان رمى هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من أسفلها أو من أعلاها أو من وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادي لما جاء في حديث ابن مسعود انه استبطن الوادي ثم قال من هنا والذي لا اله غيره رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة يرمي . وأجمعوا على انه بعيد الرمي اذا لم تقع الحصاة في العقبة وأنه يرمي في كل يوم من أيام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة منها بسبع وأنه يجوز أن يرمي منها يومين وينتفي في الثالث لقوله تعالى « فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه » . وقدرها عندهم أن يكون في مثل حصي الحذف لما روى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبي عليه الصلاة والسلام . رمى الجمار بمثل حصي الحذف والسنة عندهم في رمي الجمرات كل يوم من أيام التشريق ان يرمي الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثانية ويطلق المقام ثم يرمي الثالثة ولا يقف لما روى في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان : يفعل ذلك في رميه والتكبير عندهم عند رمي كل جمرة حسن لانه يروى عنه الصلاة والسلام وأجمعوا على أن من سنة رمي الجمار الثلاث في أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال . واختلفوا اذا رماها قبل الزوال في أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال أعاد رميها بعد الزوال ورمى عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال رمى الجمار من طلوع الشمس الى غروبها وأجمعوا على ان من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لا يرميها بعد . واختلفوا في الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رمي الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعداً كان عليه لكل جمرة أطعام مسكين نصف صاع . حنطة الى أن يبلغ دماً بترك الجميع الا جرة العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه في الحصاة مذ من طعام وفي حصاتين مدين وفي ثلاث دم وقال الثوري مثله الا أنه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئاً الحجة لهم حديث سعيد بن أبي وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يجب بعضنا على بعض ، وقال أهل الظاهر لا شيء في ذلك والجمهور على أن جمرة العقبة ليست من أركان الحج وقال عبد الملك من أصحاب مالك هي من أركان الحج فهذه هي جملة افعال الحج

من حين الاحرام الى أن يحل والتحلل تحللان تحلل أكبر وهو طواف الاقضية وتحلل أصغر وهو رمي جمرة العقبة وسنذكر ما في هذا من الاختلاف .

﴿ القول في الجنس الثالث ﴾

وهو الذى يتضمن القول في الاحكام وقد نفى القول في حكم الاختلافات التى تقع في الحج وأعظمها في حكم من شرع في الحج فنهى بمرض أو بعدو أوقاته وقت الفعل الذى هو شرط في صحة الحج أو أفسد حجه بآتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج أو للأفعال التى هى تروك أو أفعال فليبتدىء من هذه بما هو نص في الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الخالق رأسه قبل محل الخلق والقائه النفث قبل أن يحل وقد يدخل في هذا الباب حكم المتنع وحكم القارن على القول بان وجوب الهدى في هذا هو لمكان الرخصة .

﴿ القول في الاحصار ﴾

وأما الاحصار فالاصل فيه قوله سبحانه (فان أحصرتم فما استيسر من الهدى) الى قوله « فاذا أمتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى » فنقول اختلف العلماء في هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب في اختلافهم في حكم المحصر بمرض أو بعد فأول اختلافهم في هذه الآية هل المحصر ههنا هو المحصر بالعدو أو المحصر بالمرض فقال قوم المحصر ههنا هو المحصر بالعدو ، وقال آخرون بل المحصر ههنا هو المحصر بالمرض . فاما من قال ان المحصر ههنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله تعالى بعد ذلك « فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا أيضا بقوله سبحانه « فاذا أمتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج » وهذه حجة ظاهرة ، ومن قال ان الآية إنما وردت في المحصر بالمرض فإنه زعم ان المحصر هو من أحصر ولا يقال احصر في العدو وإنما يقال احصره العدو وأحصره المرض قالوا وإنما ذكر المرض بعد ذلك لان المرض ؛ صنفان صنف محصر ، وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فاذا أمتم معناه من المرض . وأما الفريق الاول فقالوا عكس هذا وهو ان افعل أبدا وفعل فى الشيء . فلو اريد انما يأتى لمعنيين اما فعل فاذا أوقع بغيره فعلا من الافعال وأما أفعل فاذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله اذا فعل به فعل القتل واقتله اذا عرضه للقتل واذا كان هذا هكذا فاحصر أحق بالعدو وحصر أحق بالمرض لان العدو إنما عرض للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الامر الا في

ارتفاع الخوف من العدو وان قيل في المرض فبستعارة ولا يصار الى الاستعارة الا لامر
يوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المريض بعد الحصر الظاهر منه
ان المحصر غير المريض وهذا هو مذهب الشافعي، والمذهب الثاني مذهب مالك وأبي
حنيفة وقال قوم بل المحصر ههنا الممنوع من الحج باى نوع امتنع اما بمرض أو بعدو
أو بخطأ في العدد أو بغير ذلك وجهور العلماء على ان المحصر عن الحج ضربان إما محصر
بمرض وأما محصر بعدو . فاما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته أو حجه
حيث أحصر وقال الثوري والحسن بن صالح لا يتحلل الا في يوم النحر والذين قالوا
يتحلل حيث أحصر اختلفوا في أيجاب الهدى عليه وفي موضع نحره اذا قيل
بوجوبه وفي اعادته ما حصر عنه من حج أو عمرة فذهب مالك الى انه لا يجب عليه
هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب الشافعي الى ايجاب الهدى
عليه وبه قال أشهب واشترط أبو حنيفة ذبحه في الحرم وقال الشافعي حيثما ما حل .
وأما الاعادة فان مالكا يرى الاعادة عليه وقال قوم عليه الاعادة وذهب أبو حنيفة
الى انه ان كان أحرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج وعمرتان
وان كان معتمرا قضى عمرته وليس عليه عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واحتار
أبو يوسف تقصيره وعمدة مالك في ان لا اعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
حل هو وأصحابه بالحديبية فنحروا الهدى وحلقوا رؤسهم وحلوا من كل شيء قبل
أن يطوفوا بالبيت وقبل أن يصل اليه الهدى ثم لم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أمر أحدا من الصحابة ولا ممن كان معه أن يقضى شيئا ولا ان يعود لشيء وعمدة
من أوجب عليه الاعادة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعتمر في العام المقبل من
عام الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجماعهم أيضا على ان
المحصر بمرض أو ما أشبهه عليه انقضاء فبسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى
الله عليه وسلم أو لم يقض وهل يثبت القضاء بالقياس أم لا وذلك ان جمهور العلماء على
ان القضاء يجب بأمر ثان غير أمر الاداء : وأما من أوجب عليه الهدى فبناء على ان
الآية وردت في المحصر بالعدو أو على انها عامة لان الهدى فيها نص وقد احتج هؤلاء بنحر
أنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الهدى عام الحديبية حين احصروا وأجاب الفريق
الآخر أن ذلك الهدى لم يكن هدى تحلل وإنما كان هديا سبق ابتداء وحجة هؤلاء
أن الاصل هو أن لا هدى عليه الا أن يقوم الدليل عليه . وأما اختلافهم في مكان الهدى
عند من أوجبه والاصل فيه اختلافهم في موضع نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه
عام الحديبية فقال ابن اسحاق نحره في الحرم وقال غيره إنما نحره في الحل واحتج

يقوله تعالى (هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوثا أن يبلغ محله) وإنما ذهب أبو حنيفة إلى أن من أحصر عن الحج إن عليه حجاً وعمرة لأن المحصر قد فسخ الحج في عمرته ولم يتم واحد منهما فهذا هو حكم المحصر بعد وعند الفقهاء وأما المحصر بمرض فإن مذهب الشافعي وأهل الحجاز أنه لا يحله إلا الطواف بالبيت والسعي ما بين الصفا والمروة وأنه بالجملة يتحلل بعمرته لأنه إذا فات الحج بطول مرضه انقلب عمرته وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك أهل العراق فقال بجحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعد وأغنى أن يرسل هديه ويقدر يوم تحرره ويحل في اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمرو الأنصاري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى وباجتماعهم على أن المحصر بعد وليس من شرط إحلاله الطواف بالبيت وانجسور على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال أبو ثور وداود لا هدى عليه اعتماداً على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى أن الآية الواردة في المحصر هو حصر العدو. وأجمعوا على إيجاب القضاء عليه وكل من فاتته الحج بخطأ من العدد في الأيام أو بخفاء الهلال عليه أو غير ذلك من الأعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك، وقال أبو حنيفة من فاتته الحج بعذر غير المرض يحل بعمرته ولا هدى عليه وعليه إعادة الحج والمسكى المحصر بمرض عند مالك كغير المسكى يحل بعمرته وعليه الهدى وإعادة الحج وقال الزهري لا بد أن يقف بعمرته وإن نكس نكساً وأصل مذهب مالك أن المحصر بمرض إن بقي على إحرامه إلى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه فإن تحلل بعمرته فعليه هدى المحصر لأنه خلق رأسه قبل أن ينحر في حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه « فاذا أمتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج » أنه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتقد على ظاهر الآية أن عليه هديين ، هدياً لحلقه عند التحلل قبل نحره في حجة القضاء ، وهدياً ليمتعه بالعمرة إلى الحج وإن حل في أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث وهو هدى التمتع الذي هو أحد أنواع نسك الحج . وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا المحصر إنما عليه هدى واحد وكان يقول إن الهدى الذي في قوله سبحانه « فان أحصرتم فما استيسر من الهدى » هو بعينه الهدى الذي في قوله « فاذا أمتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج » فما استيسر من الهدى وفيه بعد في التأويل والظاهر أن قوله سبحانه « فاذا أمتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج » أنه في غير المحصر بل هو في التمتع الحقيقي فكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى وبدل على هذا التأويل قوله سبحانه « ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام » والمحصر يستوي فيه

حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع وقد قلنا في أحكام المحصر الذي نص الله عليه
فلنقل في أحكام القاتل للصيد .

﴿ القول في أحكام جزاء الصيد ﴾

فنقول أن المسلمين أجمعوا على أن قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم
حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم
هديا بالغ الكمية أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما) هي آية محكمة.
واختلفوا في تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه فمنها أنهم
اختلفوا هل الواجب في قتل الصيد قيمته أو مثله . فذهب الجمهور إلى أن الواجب المثل
وذهب أبو حنيفة إلى أنه مخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين أن يشتري بها المثل
ومنها أنهم اختلفوا في استئناف الحكم على قاتل الصيد فيها حكم فيه السلف من الصحابة
مثل حكمهم أن من قتل نعامة فعليه بدنة تشبيها بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل
بقرة وحشية فعليه أنسية فقال مالك يستأنف في كل ما وقع من ذلك الحكم به وبه قال
أبو حنيفة . وقال الشافعي إن اجتزأ بحكم الصحابة مما حكموا فيه جاز . ومنها هل
الآية على التخيير أو على الترتيب فقال مالك هي على التخيير وبه قال أبو حنيفة يريد
أن الحكمين بخيران الذي عليه الجزاء وقال زفر هي على الترتيب واختلفوا هل يقوم
الصيد أو المثل إذا اختار الأ طعام إن وجب على القول بالوجوب فيشتري بقيمته طعاما
فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي يقوم المثل ولم يختلفوا في تقدير الصيام بالطعام
بالجملة وإن كانوا اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم لكل مد يوما وهو الذي
يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعي وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم
لكل مدين يوما وهو القدر الذي يطعم كل مسكين عندهم . واختلفوا في قتل الصيد
خطأ هل فيه جزاء أم لا فالجمهور على أن فيه الجزاء . وقال أهل الظاهر لا جزاء عليه .
واختلفوا في الجماعة يشتركون في قتل الصيد فقال مالك إذا قتل جماعة محرمون صيدا
فعلى كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال النوري وجماعة وقال الشافعي عليهم جزاء واحد
وفرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه في الحرم فقال على كل
واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد . واختلفوا هل يكون أحد الحكمين قاتل
الصيد فذهب مالك إلى أنه لا يجوز وقال الشافعي يجوز واختلف أصحاب أبي حنيفة على
القولين جميعا . واختلفوا في موضع الأ طعام فقال مالك في الموضع الذي أصاب فيه
الصيد إن كان ثم طعام والا فني أقرب المواضع إلى ذلك الموضع وقال أبو حنيفة

حيث ما أطعم وقال الشافعي لا يطعم الامساكين مكة وأجمع العلماء على ان المحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء للنص في ذلك واختلفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال دأود وأصحابه لاجزاء عليه ولم يختلف المسلمون في تحريم قتل الصيد في الحرم وإنما اختلفوا في الكفارة وذلك لقوله سبحانه « أو لم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم . ان الله حرم مكة يوم خلق السموات وجمهور فقهاء الامصار على أن المحرم اذا قتل الصيد واكله انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هي مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية . وأما الاسباب التي دعيتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها (فنقول) أما من اشترط في وجوب الجزاء أن يكون القتل عمداً فجعله أن اشترط ذلك نص في الآية وأيضاً فان العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب ما . وأما من أوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة له الا ان يشبه الجزاء عند ائلاف الصيد بائلاف الاموال فان الاموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسياناً لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء فقد أجاب بعضهم عن هذا أي العمد إنما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه في قوله (ذلك ليدوق وبال أمره) وذلك لأمضى له لان الوبال المذوق هو في الغرامة فسواء قتله مخطئاً أو متعمداً قد ذاق الوبال ولا خلاف ان الناسي غيره ما قبل وأكثر ما تلزم هذه الحجة لمن كان من أصله ان الكفارات لا تثبت بالقياس فانه لو لدليل لمن أثبتنا على الناسي الا القياس في واما اختلافهم في المثل هل هو الشيء او المثل في القيمة فان سبب الاختلاف ان المثل يقال على الذي هو مثل وعلى الذي هو مثل في القيمة لكن حجة من رأى أن الشيء أقوى من جهة دلالة اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على الشيء في لسان العرب أظهر واشهر منه على المثل في القيمة لكن لمن حمل هنا المثل على القيمة دلالة حركته الى اعتقاد ذلك ، احدها ان المثل الذي هو المعدل هو منصوص عليه في الاطعام والصيام وايضا فان المثل اذا حمل هنا على التعديل كان عاماً في جميع الصيد فان من الصيد ما لا يلحق له شبه وايضا فان المثل فيما لا يوجد له شبه هو التعديل وليس يوجد للحيوان الميصد في الحقيقة شبه الا من جنسه وقد نص ان المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب ان يكون مثلاً في التعديل والقيمة وايضا فان الحكم في التشبيه قد فرغ منه فاما الحكم بالتعديل فهو شيء يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الى الحكمين المنصوص عليهما وعلى هذا يأتي التقدير في الآية بمشابهة فكانه قال ومن قتله منكم متعمداً

فعلية قيمة ما قتل من النعم أو عدل القيمة طعاما أو عدل ذلك صياما . وأما اختلافهم هل المقدر هو الصيد أو مثله من النعم اذا قدر بالطعام فمن قال المقدر هو الصيد قال لانه الذي لما لم يوجد مثله رجع الى تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم قل لان الشيء انما تقدر قيمته اذا عدم بتقدير مثله أغنى شبيهه وأما من قال ان الآية على التخيير فانه التفت الى حرف أو اذ كان مقتضاها في لسان العرب التخيير وأما من نظر الى ترتيب الكفارات في ذلك فشبهها بالكفارات التي فيها الترتيب باتفاق وهي كفارة الظهار والقتل . وأما اختلافهم في هل يستأنف الحكم فيه من الصحابة * فالسبب في اختلافهم هو هل الحكم شرعى غير معقول المعنى أم هذا معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ما قد حكم فيه فليس يوجد شيء أشبه به منه مثل النعامة فانه لا يوجد أشبه به من البدنة فلا معنى لاعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولا بد منه وبه قال مالك . وأما اختلافهم في الجماعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فسيببه هل الجزاء وجبه هو التعدى فقط أو التمدى على جملة الصيد فمن التعدى فقط أوجب على كل واحد من الجماعة القاتلة للصيد جزاء ومن قال التعدى على جملة الصيد قال قال عليهم جزاء واحد فهذه المسئلة شبيهة بالقصاص في النصاب في السرقة وفي القصاص في الاعضاء وفي النفس وستأتى في مواضعها من هذا الكتاب ان شاء الله . وتفرق أبى حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين في الحرم على جهة التغليظ على المحرمين ومن أوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فانما نظر الى سد الذرائع فانه لو سقط عنهم الجزاء جملة لكان من أراد أن يصيد في الحرم صادف جماعة واذا قلنا ان الجزاء هو كفارة للآثم فيشبه أن لا يتبعض آثم قتل الصيد بالاشتراك فيه فيجب أن لا يتبعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة . وأما اختلافهم في هل يكون أحد الحكمين قاتل الصيد * فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلى في الشرع وذلك انه لم يشترطوا في الحكمين الا العدالة فيجب على ظاهر هذا أن يجوز الحكم بمن يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد أو غير قاتل . وأما مفهوم المعنى الاصلى في الشرع فهو أن المحكوم عليه لا يكون حاكما على نفسه . وأما اختلافهم في الموضع فسبب الاطلاق أغنى انه لم يشترط فيه موضع فمن شبه بالزكاة في انه حق للمساكين فقال لا ينقل من موضعه ؛ وأما من رأى ان المقصود بذلك انما هو الفرق بمساكين مكة قال لا يطعم الا مساكين مكة ومن اعتمد ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء . وأما اختلافهم في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه كفارة أم لا فسيببه هل يقاس في الكفارات عند من يقول بالقياس وهل القياس أصل من أصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فاهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد

في الحرم على المحرم لمنعهم القياس في الشرع ويحق على أصل أبي حنيفة أن يمنع منع القياس في الكفارات ولا خلاف بينهم في تعلق الائم به لقوله سبحانه (أو لم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض. وأما اختلافهم فيمن قتله ثم أكله هل عليه جزاء واحد أم جزآن فسييه هل أكله تعد ثان عليه سوى تعدى القتل أم لا وإن كان تعدياً فهل هو مساو للتعدى الأول أم لا وذلك أنهم اتفقوا على أنه إن أكل ائمه. ولما كان النظر في كفارة الجزاء يشتمل على أربعة أركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من تجب عليه ومعرفة الفعل الذي لاجله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام في أكثر هذه الاجناس وبقي من ذلك أمران، أحدهما اختلاف في بعض الواجبات من الامتثال في بعض المصيدات: والثاني ما هو صيد بماليس بصيد يجب أن ينظر فيما بقي علينا من ذلك فمن أصول هذا الباب ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الضبع بكبش وفي الغزال بعزوف وفي الارنب بعناق وفي اليربوع بجفرة واليربوع دويبة لها أربع قوائم وذنب تجر كما تجر الشاة وهي من ذوات الكروش والعز عند أهل العلم من المعز ما قد ولد أو ولد مثله والجفرة والعناق من المعز فالجفرة ما أكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الارنب واليربوع لا يقومان إلا بما يجوز هدياً واضحة وذلك الجذع فما فوقه من الضأن والتي فما فوقه من الابل والبقر وحجة مالك قوله تعالى «هديا بالغ الكعبة» ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هدياً أنه لا يجزئه أقل من الجذع فما فوقه من الضأن والتي مما سواه وفي صغار الصيد عند مالك مثل ما في كبارها، وقال الشافعي يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها وهو مروى عن عمرو عثمان وعلى وابن مسعود وحجته أنها حقيقة المثل فعنده في النعامة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على أصله في القيمة. واختلفوا من هذا الباب في حمام مكة وغيرها فقال مالك في حمام مكة شاة وفي حمام الحل حكومة. واختلف قول ابن القاسم في حمام الحرم غير مكة فقال مالك مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعي في كل حمام شاة وفي حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شيء لا مثل له من الصيد فلا جزاء فيه إلا الحمام فإن فيه شاة ولعة وظن ذلك اجماعاً فإنه روى عن عمر بن الخطاب ولا يخالف له من الصحابة وروى عن عطاء أنه قال في كل شيء من الطير شاة. واختلفوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال مالك أدى في بيض النعامة عشر ثمن البدنة وأبو حنيفة على أصله في القيمة ووافقه الشافعي في هذه المسئلة وبه قال أبو ثور وقال

أبو حنيفة إن كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أعنى جزاء النعامة واشترط أبو ثور في ذلك أن يخرج حيائهم يموت وروى عن علي أنه قضى في بعض النعامة بأن يرسل الفحل على الأبل فإذا تبين لقاحها سميت ما أصبت من البيض فقلت هذا هدى ثم ليس عليك ضمان ما فسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول قول علي والافى كل بيضة درهمان قال أبو عمر وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي عليه الصلاة والسلام : في بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود أن فيه القيمة قال وفيه أثر ضعيف وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء . واختلفوا في الواجب من ذلك فقال عمر رضي الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه ثمرة خير من جرادة وقال الشافعي في الجراد قيمته وبه قال أبو ثور إلا أنه قال كل ما تصدق به من حفنة طعام أو ثمرة فهو له قيمة وروى عن ابن عباس أن فيها ثمرة مثل قول أبي حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عن ابن عمر أن فيها شوية وهو أيضا شاذ فهذه هي مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيما هو الجزاء فيه . وأما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فاتهم اتفقوا على أن صيد البر محرم على المحرم إلا الخمس الفواسق المنصوص عليها . واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للمحرم ، واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الحليين وما اختلفوا فيه (فنقول) ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح في قتلها الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور . واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول بإباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وإن كانت بعضهم اشترط في ذلك أوصافا ما . واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا في أي عام أريد بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد في الحديث إشارة إلى كل سبع عاد وأن ما ليس بعاد من السباع فليس للمحرم قتله ولم ير قتل صغارها التي لا تسد ولا ما كان منها أيضا لا يمدو ولا خلاف بينهم في قتل الحية والافى والأسود وهو مروي عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتل الافى والأسود وقال مالك لا أرى قتل الوزغ

والاخبار بقتلها متواترة لكن مطلقا لا في الحرم ولذلك توقف فيها مالك في الحرم وقاله أبو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسى والذئب وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع وقال الشافعي كل محرم الا كل فهو في معنى الخمس وعمدة الشافعي انه انما حرم على المحرم ما أحل للحلال وأن المباحة الاكل لا يجوز قتلها باجماع لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشي . واختلفوا في الزنبور فبعضهم شبيهه بالمعرب وبعضهم رأى أنه أضعف نكابة من المعرب وبالجمل فالتصوص عليها يتضمن أنواعها من الفساد فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام ألحق بواحد واحدها ما يشبهه ان كان له شبه ومن لم يرد ذلك قصر النهي على المنطوق به وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الابقع فخصت عموم الاسم الوارد في الحديث الثابت لما روى عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام قال خمس يقتلن في الحرم فذكر فيهن الغراب الابقع وشذ النخعي فمنع المحرم قتل الصيد الا الفأرة . وأما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ايسر هو منه فانهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدا السمك وذلك بناء منهم على أن ما كان منه يحتاج الى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر من ذلك ما كان محرما ولا خلاف بين من يحل جميع ما في البحر في أن صيده حلال وإنما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش في البر وفي الماء باي الحكيم يلحق وقياس قول أكثر العلماء انه يلحق بالذي عيشه فيه غالبا وهو حيث يولد والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء أنه قال في طير الماء حيث يكون أغلب عيشه يحكم له بحكمه . واختلفوا في نبات الحرم هل فيه جزاء أم فقال مالك لاجزاء فيه وانما فيه الاثم فقط لنهي الوارد في ذلك وقال الشافعي فيه الجزاء في الدوحة بقرة وفيما دونها شاة وقال أبو حنيفة كل ما كان من غرس الانسان فلا شيء فيه وكل ما كان نابتا بطبعه ففيه قيمة ثم وسبب الخلاف هل يقاس النبات في النبات في هذا على الحيوان لاجتماعهما في النهي عن ذلك في قوله عليه الصلاة والسلام لا ينفر صيدها ولا يضد شجرها فهذا هو القول في مشهور مسائل هذا الجنس فلنقل في حكم الخالق رأسه قبل محل الخلق .

(القول في فدية الاذى وحكم الخالق رأسه قبل محل الخلق)

وأما فدية الاذى فجميع أيضا عليها الورود الكتاب بذلك والسنة . واما الكتاب فقوله تعالى (فمن كان منكم مريضا أو به اذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة

(أو نسك) وأما السنة فحديث كعب بن عجرة الثابت أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحلق رأسه وقال له صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين مدين لكل إنسان أو انسك بشاة أي ذلك فعلت أجزأ عنك والكلام في هذه الآية على من تجب الفدية وعلى من لا تجب وإذا وجبت فما هي الفدية الواجبة وفي أي شيء تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب وأين تجب . فأما على من تجب الفدية فإن العلماء أجمعوا على أنها واجبة على كل من أخطأ الأذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلفوا فيمن أخطأه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها ، وقال الشافعي وأبو حنيفة إن حلق دون ضرورة فأما عليه دم فقط . واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية باماطة الأذى أن يكون متعمداً أو النامي في ذلك والمعتمد سواء فقال مالك العامد في ذلك والنامي واحد وهو قول أبي حنيفة والثوري والليث ، وقال الشافعي في أحد أقواله وأهل الظاهر لا فدية على النامي فمن اشترط في وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن أوجب ذلك على غير المضطر فحجته أنه إذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر أوجب ومن فرق بين العامد والنامي فلتفريق الشرع في ذلك بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى (إيس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياساً على كثير من العبادات التي لم يفرق الشرع فيها بين الخطأ والنسيان . وأما ما يجب في فدية الأذى فإن العلماء أجمعوا على أنها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى (ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) والجمهور على أن الاطعام هو ستة مساكين وإن النسك أقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع أنهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة أيام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت . وأما من قال الصيام عشرة أيام فقياساً على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما ورد أيضاً في جزاء الصيد في قوله سبحانه (أو عدل ذلك صياماً) وأما كم يطعم لكل مسكين من المساكين الستة التي ورد فيها النص فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك لاختلاف الآثار في الاطعام في الكفارات فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم الاطعام في ذلك مدين بمد النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثوري أنه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى أيضاً عن أبي حنيفة مثله وهو أصح في الكفارات . وأما ما تجب فيه الفدية فاتفقوا على أنها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض أو حيوان يؤذيه في رأسه قال ابن عباس .

المرض ان يكون برأسه قروح والاذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والاذى القمل وغيره . والجمهور على ان كل ما منعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الاظفار انه اذا استباحه فعليه الفدية أى دم على اختلاف بينهم في ذلك أو اطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره في هذه الاشياء وكذلك استعمال الطيب وقال قوم ليس في قص الاظفار شيء وقال قوم فيه دم وحكى ابن المنذر ان منع المحرم قص الاظفار اجماع . واختلفوا فيمن أخذ بعض أظفاره فقال الشافعى وأبو ثور ان أخذ ظفراً واحداً أطعم مسكيناً واحداً وان أخذ ظفرين أطعم مسكينين وان أخذ ثلاثاً فعليه دم في مقام واحد ، وقال أبو حنيفة في أحد أقواله لا شيء عليه حتى يقصها كلها فو قال أبو محمد بن حزم يقص المحرم اظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده لا فدية الا من حلق الرأس فقط للعذر الذى ورد فيه النص . واجمعوا على منع حلق شعر الرأس واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على ان فيه الفدية وقال داود لا فدية فيه . واختلفوا فيمن نتف من راسه الشعرة والشعرتين او من لحمه فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شيء الا ان يكون أماط به اذى فعليه الفدية وقال الحسن في الشعرة مد وفي الشعرتين مدين وفي الثلاثة دم وبه قال الشافعى وأبو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر فدية فمن فهم من منع المحرم حلق الشعر أنه عبادة سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والزينة والاستراحة التي في حلقه فرق بين القليل والكثير لان القليل ليس في ازالته زوال اذى امام وضع الفدية فاختلّفوا فيه فقال مالك يفعل من ذلك ما شاء اين شاء بمكة وبغيرها وان شاء ببلده وسواء عنده في ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذى عند مالك هنا هو نسك وليس بهدى فان الهدى لا يكون الا بمكة أو بمني ؛ وقال ابو حنيفة والشافعى الدم والاطعام لا يجزيان الا بمكة والصوم حيث شاء فحبث شاء وعن أبى حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعى ان دم الاطعام لا يجزى . وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام الا لمساكين الحرم . وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فمن قاسه على الهدى أوجب فيه شروط الهدى من الذبح في المسكان المخصوص به وفي مساكين الحرم وان كان امالك يرى أن الهدى يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم والذي يجمع النسك والهدى هو أن المقصود بهما منفعة المساكين المجاورين لبيت الله والمخالف يقول ان الشرع لما فرق بين اسميهما فسمى أحدهما نسكا وسمى الآخر هديا وجب أن يكون حكمهما مختلفا . وأما الوقت فالجمهور على أن هذه الكفارة لا تكون الا بعد اماطة الاذى ولا يبعد أن يدخله الخلاف قياسا على كفارة الايمان فهذا

هو القول في كفارة امانة الاذى واختلفوا في حاق الرأس هل هو من مناسك أو هو مما يتحالى به منه ولا خلاف بين الجمهور في أنه من أعمال الحج وأن الحاق أفضل من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله قال والمقصرين وأجمع العلماء على أن النساء لا يحلقن وإن ستنهن التقصير واختلفوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر أولاً فقال مالك الحلاق نسك للحاج والمعتمر وهو أفضل من التقصير ويجب على كل من فاتته الحج وأحصر بعدو أو مرض أو بهذر وهو قول جماعة الفقهاء إلا في المحصر بعدو فإن أبا حنيفة قال ليس عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فمن جعل الحلاق أو التقصير نسكاً أوجب في تركه الدم ومن لم يجعله من المناسك لم يوجب فيه شيئاً

(القول في كفارة المتمتع)

وأما كفارة المتمتع التي نص عليها في قوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) الآية فإنه لا خلاف في وجوبها وإنما الخلاف في المتمتع من هو وقد تقدم ما في ذلك من الخلاف والقول في هذه الكفارة أيضاً يرجع الى تلك الاجناس بعينها على من يجب وما الواجب فيها ومتى يجب وإن يجب وفي أى مكان يجب ؛ فاما على من يجب فعلى المتمتع باتفاق وقد تقدم الخلاف في المتمتع من هو . وأما اختلافهم في الواجب فإن الجمهور من العلماء على أن ما استيسر من الهدى هو شاة واحتج مالك في أن اسم الهدى قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى في جزاء الصيد هدى بالبع الكعبة وهـ لم يؤم بالاجماع أنه قد يجب في جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر الى أن اسم الهدى لا ينطلق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى أى بقرة أدون من بقرة وبدنة أدون من بدنة ؛ وأجمعوا أن هذه الكفارة على الترتيب وإن من لم يجد الهدى فعليه الصيام . واختلفوا في حد الزمان الذى ينتقل بانتضائه فرضه من الهدى الى الصيام فقال مالك اذا شرع في الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وإن وجد الهدى في أثناء الصوم؛ وقال أبو حنيفة إن وجد الهدى في صوم الثلاثة الايام لزمه وإن وجد في صوم السبعة لم يلزمه وهذه المسئلة نظير مسألة من طاع عليه الماء في الصلاة وهو متيمم ؛ وسبب الخلاف هو هل ما هو شرط في ابتداء العبادة هو شرط في استمرارها وإنما فرق أبو حنيفة بين

الثلاثة والسبعة لان الثلاثة الايام هي عنده بدل من الهدى والسبعة ليست تبدل وأجمعوا على أنه اذا صام الثلاثة الايام في العشر الاول من ذى الحجة أنه قد أتى بها في محلها لقوله سبحانه (فصيام ثلاثة أيام في الحج) ولا خلاف أن العشر الاول من أيام الحج . واختلفوا في من صامها في أيام عمل العمرة قبل ان يهل بالحج أو صامها في أيام منى فاجاز مالك صيامها في أيام منى ومنعه أبو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب الهدى في ذمته ومنعه مالك قبل الشروع في عمل الحج وأجاز أبو حنيفة وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الايام المختلف فيها أم لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة أن لا تجزى الا بعد وقوع موجبها فمن قال لا تجزى كفارة الا بعد وقوع موجبها قال لا يجزى الصوم الا بعد الشروع في الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزى . واتفقوا أنه اذا صام السبعة الايام في أهله أجزأه واختلفوا اذا صامها في الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال الشافعي لا يجزى وسبب الخلاف الاحتمال الذي في قوله سبحانه (اذا رجعت) فان اسم الراجع ينطلق على من فرغ من الرجوع وعلى من هو في الرجوع نفسه فهذه هي الكفارة التي ثبتت بالسمع وهي من المتفق عليها ولا خلاف أن من فاته الحج بعد ان شرع فيه إما بفوات ركن من أركانه وأما من قبل غلظه في الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو إتيانه في الحج فعلا مفسداً له فان عليه القضاء اذا كان حجا واجبا وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وإن كان تطوعا فهل عليه قضاء أم لا الخلاف في ذلك أم لا كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكون النقصان الداخِل عليه مشعراً بوجوب الهدى وشذ قوم فقالوا لا هدى أصلاً ولا قضاء الا أن يكون في حج واجب ومما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون سائر العبادات أنه يمضى فيه المفسد له ولا يقطعه وعليه دم وشذ قوم فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) فالجمهور عموماً والمخالفون خصصوا قياساً على غيرها من العبادات اذا وردت عليها المفسدات واتفقوا على أن المفسد للحج اما من الأفعال المأمور بها فترك الأركان التي هي شرط في صحته على اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن وأما من التروك المنهى عنها فالجماع وان كانوا اختلفوا في وقت الذي اذا وقع فيه الجماع كان مفسداً للحج فاما اجماعهم على افساد الجماع للحج فلقوله سبحانه (فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج) واتفقوا على ان من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه وكذلك من وطئ من المعتمرين قبل أن يطوف ويسعى واختلفوا في فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جرة العقبة وبعد رمي

الجمرة وقيل طواف الافاضة الذي هو الواجب فقال مالك والشافعي من وطئ قبل رمي جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدى والقضاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري عليه الهدى بدنة وحجه تام وقد روى مثل هذا عن مالك وقال من وطئ بعد رمي جمرة العقبة وقيل طواف الافاضة فحجه تام ويقول مالك في ان الوطء قبل طواف الافاضة لا يفسد الحج قال الجمهور ويلزمه عندهم الهدى وقالت طائفة من وطئ قبل طواف الافاضة فسد حجه وهو قول ابن عمر وسبب الخلاف ان للحج تحملاً يشبه السلام في الصلاة وهو التحلل الاكبر وهو الافاضة وتحملاً أصغر وهل يشترط في اباحة الجماع التحللان أو أحدهما ولا خلاف بينهم ان التحلل الاصغر الذي هو رمي الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شيء حرم عليه الحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل له كل شيء الا النساء والطيب وقيل عنه الا النساء والطيب والصيد لان الظاهر من قوله واذا حللتهم فاصطادوا انه التحلل الاكبر وانفقوا أيضاً على ان المستمر يحل من عمرته اذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وان لم يكن حلق ولا قصر لثبوت الآثار في ذلك الا خلافاً شاذاً روى عن ابن عباس انه يحل بالطواف وقال أبو حنيفة لا يحل الا بعد الحلاق وان جامع قبله فسدت عمرته واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج وفي مقدماته فالجمهور على ان التقاء الحنانين يفسد الحج ويحتمل من يشترط في وجوب الطهر الانزال مع التقاء الحنانين ان يشترطه في الحج واختلفوا في انزال الماء في مادون الفرج فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج الا الانزال في الفرج وقال الشافعي ما يوجب الخد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد الحج وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعي فيمن جامع دون الفرج أن يهدي واختلفوا فيمن وطئ سراراً فقال مالك ليس عليه الا هدى واحد وقال أبو حنيفة ان كرر الوطء في مجلس واحد كان عليه هدى واحد وان كرره في مجلس كان عليه لكل وطء هدى وقال محمد بن الحسن يجزيه هدى واحد وان كرر الوطء ما لم يهد لوطئه الاول وعن الشافعي الثلاثة الاقوال الا ان الأشهر عنه مثل قول مالك واختلفوا فيمن وطئ ناسياً فسوى مالك في ذلك بين العمد والنسيان وقال الشافعي في الجديد لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة هدى فقال مالك ان طأعته فعابها هدى وان أكرها فعليه هديان وقال الشافعي ليس عليه الا هدى واحد كقوله في الجامع في رمضان وجمهور العلماء على انهما اذا حجا من قابل تفرقا أعنى الرجل والمرأة وقيل لا يترقان والقول بان لا يترقان مروى عن بعض الصحابة والتابعين وبه قال

أبو حنيفة واختلف قول مالك والشافعي من أين يترقان فقال الشافعي يترقان من حيث أفسد الحج، وقال مالك يترقان من حيث أحرم ما لا أن يكونا أحرم قبل الميقات فمن أخذها بالافتراق فسداً للذريعة وعقوبة ومن لم يأخذها به فجزياً على الأصل وأنه لا يثبت حكم في هذا الباب إلا بسماع. واختلفوا في الهدى الواجب في الجماع ما هو فقال مالك وأبو حنيفة هو شاة وقال الشافعي لا تجزيه إلا بدنة وإن لم يجد قوهت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاماً فإن لم يجد صام عن كل مديوماً قال والاطعام والهدى ولا يجزى إلا بمكة أو بمني والصوم حيث شاء، وقال مالك كل نقص دخل الأحرام من وطئ أو حلق شعر أو احصار فإن صاحبه إن لم يجد الهدى صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبهه بالتم اللزوم ههنا بدم المتمتع والشافعي شبهه بالدم الواجب في الفدية والاطعام عند مالك لا يكون إلا في كفارة الصيد وكفارة إزالة الأذى والشافعي يرى أن الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم في موضعين ولم يقع بهما إلا في موضع واحد نقيض المسكوت عنه على المنطوق به في الاطعام أولى فهذا ما يخص الفساد بالجماع. وأما الفساد بفوات الوقت وهو أن يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفه فإن العلماء أجمعوا أن من هضم صفته لا يخرج من إحرامه إلا بالطواف بالبيت والسعي بين الصفا والمروة أغنى أنه يحل ولا بد بعمره وأنه عليه حج قابل. واختلفوا هل عليه هدى أم لا فقال مالك والشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور عليه الهدى وعمدتهم إجماعهم على أن من حبسه مرض حتى فاته الحج أن عليه الهدى، وقال أبو حنيفة يتحلل بعمره وصحح من قابل ولا هدى عليه وحجة الكوفيين أن الأصل في الهدى إنما هو بدل من القضاء فإذا كان القضاء فلا هدى إلا ما خصه الإجماع واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارناً هل يقضى حجاً مفرداً أو مقروناً بعمره فذهب مالك والشافعي إلى أنه يقضى قارناً لأنه إنما يقضى مثل الذي عليه، وقال أبو حنيفة ليس عليه إلا الأفراد لأنه قد طاف لعمرته فليس يقضى إلا ما فاته وجهور العلماء على أن من فاته الحج أنه لا يقيم على إحرامه ذلك إلى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك إلا أنه أجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج أن يتحلل بعمره وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم فيمن أحرم بالحج في غير أشهر الحج فمن لم يجعله محرماً لم يجز الذي فاته الحج أن يبقى محرماً إلى عام آخر ومن أجاز الأحرام في غير أيام الحج أجاز له البقاء محرماً (قال القاضي) فقد قلنا في الكفارات الواجبة بالنص في الحج وفي صفة القضاء في الحج الفائت والفاء وفي صفة إحلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك في الكفارات المنصوص عليها وما ألحق الفقهاء

بذلك من كفارة المفسد حجه ونفى ان نقول في الكفارات التي اختلفوا فيها في ترك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه .

(القول في الكفارات المسكوت عنها)

فنقول ان الجمهور اتفقوا على ان النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغب فيه فالذي هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص أصله المتمتع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من فاته من نسكه شيء فعليه دم . وأما الذي هو نفل فلم يروا فيه دما ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيرا في ترك نسك هل فيه دم أم لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة أو نفل . وأما ما كان فرضا فلا خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم وإنما يختلفون في الفعل الواحد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض أم لا وأما أهل الظاهر فاتهم لا يرون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة في العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من المتروك مسنونا ففعل فيه فدية الاذى وما كان مرغبا فيه فليس فيه شيء . واختلفوا في ترك فعل لاختلافهم هل هو سنة أم لا وأهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا في المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور ومن اختلاف الفقهاء في ترك نسك نسك أعنى في وجوب الدم أولا وجوبه من أول المناسك الى آخرها وكذلك في فعل محذور محذور فأول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لادم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثوري وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد ومشهور قول الثوري وقال أبو حنيفة ان مليا فلا دم عليه وان رجع غير ملب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبره بالدم . واختلفوا فيمن غسل رأسه بالخطمي فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثوري وغيره لا شيء عليه ورأى مالك أن في الحمام الفدية وإباحه الاكثرون وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخوله والجمهور على انه يفتدى من لبس من المحرمين مانهى عن لباسه . واختلفوا اذا لبس السراويل لعدمه الازار هل يفتدى أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثوري وأحمد وأبو ثور وداود لا شيء عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة من منع النهى المطلق وعمدة من لم ير فيه فدية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية

وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي واختلفوا في لبس المرأة للقفازين هل فيه فدية أم لا وقد ذكرنا كثيراً من هذه الأحكام في باب الإحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم أم لا وقد تقدم. واتفقوا على أن من نكس الطواف أو نسي شوطاً من أشواطه أنه يعيد مادام بمكة واختلفوا إذا بلغ إلى أهله فقال قوم منهم أبو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعيده ويجبر ما نقصه ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا في وجوب الدم على من ترك الرمل في الثلاثة الأشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو نور واختلف في ذلك قول مالك وأصحابه والخلاف في هذه الأشياء كلها مبني على أنه هل هو سنة أم لا وقد تقدم القول في ذلك وتقييل الحجر أو تقييل يده بعد وضعها عليه إذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياساً على المتمتع إذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسي ركعتي الطواف حتى رجع إلى بلده هل عليه دم أم لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري ركهما ما دام في الحرم وقال الشافعي وأبو حنيفة ركهما حيث شاء والذين قالوا في طواف الوداع أنه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم يتمكن له العودة إليه هل عليه دم أم لا فقال مالك ليس عليه شيء إلا أن يكون قريباً فيعود وقال أبو حنيفة والثوري عليه دم إن لم يعد وإنما يرجع عندهم ما لم يبلغ المواقيت وحجة من لم يره سنة مؤكدة سقوطه عن المكي والحائض وعند أبي حنيفة أنه إذا لم يدخل الحجر في الطواف أعاد ما لم يخرج من مكة فإن خرج فمليه دم. واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام في الصلاة فإن عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده أبداً إلا إذا رجع إلى بلده فإن عليه دماً وقال الشافعي الركوب في الطواف جائز لأن النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكباً من غير مرض ولكنه أحب أن يستشرف الناس إليه ومن لم ير السعي واجباً فعليه فيه دم إذا انصرف إلى بلده ومن رأى تطوعاً لم يوجب فيه شيئاً وقد تقدم اختلافهم أيضاً فيمن قدم السعي على الطواف هل فيه دم إذا لم يعد حتى يخرج من مسكة أم ليس فيه دم واختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمد إن عاد فدفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وإن لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثوري عليه الدم رجع أو لم يرجع وقد تقدم هذا. واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرفة فقال الشافعي لا حج له وقال مالك عليه دم. وسبب الاختلاف هل النهي على الوقوف بها من باب الحظر أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج إلى انتضاها كثيراً من اختلافهم فيها في تركه دم وما ليس فيه دم وإن كان الترتيب يقتضي ذكره في هذا الموضع والأسهل ذكره هنالك (قال

القاضي فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي التي تجري مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضاً من الأفعال في مكان مكان من اما كنها وزمان زمان من أزمته الجزئية الى انقضاء زمانها ثم قلنا في احكام التحلل الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة وقلنا أيضاً في حكم الاعادة بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها فاحصر بمرض أو عدو أو غير ذلك والذي بقي من أفعال هذه العبادة هو القول في الهدى وذلك أن هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغي أن يفرد بالنظر فنقل فيه

(القول في الهدى)

فنقول أن النظر في الهدى يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جلسه وعلى معرفة حسنه وكيفية سوقه ومن أين يساق وإلى أين ينتهي بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحيه بعد النحر فنقول انهم قد أجمعوا على أن الهدى المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ما هو واجب بالنذر ومنه ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة . فاما ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة فهو هدى المتمتع باتفاق وهدى القارن باختلاف، وأما الذي هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى وهدى كفارة الصيد وهدى القاء الأذى والتفث وما أشبه ذلك من الهدى الذي قاسه الفقهاء في الإخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه . فاما جنس الهدى فإن العلماء متفقون على أنه لا يكون الهدى إلا من الأزواج الثمانية التي نص الله عليها وإن الأفضل في الهدايا هي الأبل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وإنما اختلفوا في الضحايا وأما الأسنان فاتهم أجمعوا أن التي فما فوقه يجزى منها وأنه لا يجزى الجذع من المعز في الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لا بى برة : يجزى عنك ولا يجزى عن أحد بمعدك . واختلفوا في الجذع من الضأن فأكثر أهل العلم يقولون بجوازهم في الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لا يجزى في الهدايا إلا التي من كل جنس ولا خلاف في أن الأعلى تمنان الهدايا أفضل وكان الزبير يقول لبنه يابى لا يهدين أحداً لله من الهدى شيئاً يستحي أن يهديه لكرمه فإن الله أكرم الكرماء وأحق من اختياره وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد قيل له أيها أفضل فقال : أغلاها ثمتنا وأنفسها عند أهلها

وليس في عدد الهدى حد معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة . وأما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بأنه هدى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذى الحليفة قلده الهدى وأشعره وأحرم واذا كان الهدى من الابل والبقر فلا خلاف انه يقلد نعلين أو نعلين أو ما أشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا في تقليد الغنم فقال مالك وأبو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود تقلد الحديث الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت مرة غنما فقلده واستحبوا توجيهه الى القبلة في حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر أنه كان اذا أهدى هديا من المدينة قلده وأشعره بذى الحليفة قلده قبل أن يشعره وذلك في مكان واحد وهو موجه للقبلة يقلده بنعلين ويشعره من الشق الايسر ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة ثم يدفع به معهم اذا دفعوا واذا قدم منى غداة النحر قبل أن يحلق أو يقصرو كان هو ينحر هديه بيده يصفهن قياما ويوجهن القبلة ثم يأكل ويطعم واستحب الشافعي وأحمد وأبو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا بيدته فاشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين ثم ركب راحلته فلما استوت على اليلداء أهل بالحج . وأما من أين يساق الهدى فان مالك يرى ان من سنته أن يساق من الحل ولذلك ذهب الى أن من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه ان يقفه بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل واما ان كان أدخله من الحل فيستحب له أن يقفه بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثوري وأبو ثور ووقوف الهدى بعرفة سنة ولا خرج على من لم يقفه كان داخلا من الحل أو لم يكن وقال أبو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من السنة وحجة مالك في ادخال الهدى من الحل الى الحرم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك وقال خذوا عني مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل التقليد وقال أبو حنيفة ليس التعريف سنة وانما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروى عن عائشة التخيير في تعريف الهدى أولا تعريفه . وأما محله فهو البيت العتيق كما قال تعالى « ثم محلها الى البيت العتيق » وقال « هديا بالغ الكعبة » وأجمع العلماء على ان الكعبة لا يجوز لاحد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة انه انما أراد به النحر بمكة احسانا منه لمساكينهم وفقرائهم وكان مالك يقول انما المعنى في قوله هديا بالغ

الكعبة مكة وكان لا يجتز لمن نحر هديه في الحرم الا أن ينحصر بمكة وقال الشافعي وأبو حنيفة ان نحره في غير مكة من الحرم أجزاء وقال الطبري يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدى الا هدى القران وجزاء الصيد فانهما لا ينحران الا بالحرم وبالجمل فالتحر بمنى اجماع من العلماء وفي العمرة بمكة الا ما اختلفوا فيه من نحر المحصر وعند مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمنى أجزاء وحجة مالك في انه لا يجوز النحر بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم : وكل فجاج مكة وطرقها منحرا واستثنى مالك من ذلك هدى الفدية فاجاز ذبحه بغير مكة . واما متى ينحر فان مالكا قال ان ذبح هدى التمتع أو التطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزه أبو حنيفة في التطوع وقال الشافعي يجوز في كليهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور ان ما عدل من الهدى بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لا منفعة في ذلك لا لأهل الحرم ولا لأهل مكة وانما اختلفوا في الصدقة المعدولة عن الهدى فجمهور العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جزاء الصيد الذي هو لهم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة . وأما صفة النحر فالجمهور يجمعون على ان التسمية مستحبة فيها لانها زكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمهدى أن يلي نحر هديه بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه ومن سنتها أن تتحر قياما لقوله سبحانه : فاذكروا اسم الله عليها صواف وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الذبائح . وأما ما يجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به وبلحه فان في ذلك مسائل مشهورة ، أحدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب أو التطوع فذهب أهل الظاهر الى أن ركوبة جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم أوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير ضرورة والحجة للجمهور ما أخرجه أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا ألجئت اليها حتى تجد ظهراً ومن طريق المعنى ان الانتفاع بما قصد به القرية الى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رأى رجلاً يسوق بدنة فقال ركبها فقال يا رسول الله انها هدى فقال اركبها ويلك في الثانية أو في الثالثة وأجمعوا ان هدى التطوع اذا بلغ محله انه يأكل منه صاحبه كسائر الناس وانه اذا عطب قبل ان يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم تأكل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيئاً أهل رفقته لما ثبت ان رسول صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الاسلمى وقال له ان عطب منها شيء

فأنحره ثم أصبغ نعليه في دمه و دخل بينه وبين الناس و روى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولا تأكل منه أنت ولا أهل رفقتك وقال بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا فيما يجب على من أكل منه فقال مالك إن أكل منه وجب عليه بدله وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وابن حبيب من أصحاب مالك عليه قيمة ما أكل أو أمر بأكله طعاما يتصدق به وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وجاعة من التابعين وما عطب في الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا فيه الخلاف مبنى على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة أو الحرم . وأما الهدى الواجب إذا عطب قبل محله فإن لصاحبه أن يأكل منه لأن عليه بدله ومنهم من أجاز له بيع لحمه وأن يستعين به في البذل وكره ذلك مالك . واختلفوا في الأكل من الهدى الواجب إذا بلغ محله فقال الشافعي لا يؤكل من الهدى الواجب كله لحمه كله للمساكين وكذلك حله إن كان مجللا والنعل الذي قلد به وقال مالك يؤكل من كل الهدى الواجب الأجزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الأذى وقال أبو حنيفة لا يؤكل من الهدى الواجب الأهدى المنعة وهدى القران وعمدة الشافعي تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة ، وأما من فرق فلأنه يظهر في الهدى معنيان ، أحدهما أنه عبادة مبتدأة والثاني أنه كفارة وأحد المعنيين في بعضها أظهر فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القران وهدى التمتع وبخاصة عند من يقول إن التمتع والقران أفضل لم يشترط أن لا يأكل لأن هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يأكله لاتفاقهم على أنه لا يأكل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الأذى ظاهر من أمرهما اتسما كفارة لم يختلف هؤلاء الفقهاء في أنه لا يأكل منها (قال القاضي) فقد قلنا في حكم الهدى وفي جنسه وفي سنه وكيفية سوقه وشروط صحته من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب وبتمام القول في هذا بحسب ترتيبنا تم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا والله الشكر والحمد كثيرا على ما وفق وهدى ومن به من التمام والسكال وكان الفراغ منه يوم الأربعاء التاسع من جمادى الأولى الذي هو من عام أربعة وثمانين وخمسائة وهو جزء من كتاب بداية المجتهد الذي وضعه منذ أزيد من عشرين عاما أو نحوها والحمد لله رب العالمين كان رضى الله عنه عزم حين تأليف الكتاب أولا ألا يشبث كتاب الحج ثم بداله بعد فأثبتته .



(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الجهاد ﴾

والقول المحيط باصول هذا الباب ينحصر في جاتين ، الجملة الاولى في معرفة أركان الحرب ، الثانية في أحكام أموال المحاربين اذا تملكها المسلمون .
(الجملة الاولى) وفي هذه الجملة فصول سبعة ، أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولان تلزم ، والثاني معرفة الذين يحاربون ، والثالث معرفة مايجوز من النكابة في صنف صنف من أصناف أهل الحرب ومما لايجوز ، والرابع معرفة جواز شروط الحرب والخامس معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم ، والسادس هل تجوز المهادنة ، والسابع لماذا يحاربون .

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما حكم هذه الوظيفة فاجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لا فرض عين الا عبد الله بن الحسن فانه قال انها تطوع وانما صار الجمهور لكونه فرضا لقوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) الآية وأما كونه فرضا على الكفاية أعني اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) الآية وقوله (وكلا وعد الله الحسنى) ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو الا وترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضا على الكفاية . وأما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجدون بما يغزون الاصحاء لا المرضى ولا الزمنى وذلك لاختلاف فيه لقوله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) وقوله (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج والاية) وأما كون هذه الفريضة تختص بالاحرار فلا أعلم فيها خلافا وعامة العلماء متفقون على ان من شرط الفريضة اذن الابوين فيها الا أن تكون عليه فرض عين مثل ان لا يكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به به والاصل في هذا ما ثبت ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى أريد الجهاد قال أحى والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد . واختلفوا في اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا

في اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سأل الرجل : أيكفر الله عني خطايائي ان مت صابرا محتسبا في سبيل الله قال نعم الا الدين كذلك قال لي جبريل أننا والجمهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه .

❦ الفصل الثاني ❦

فاما الذين يحاربون فاتفقوا على انهم جميع المشركين لقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) الا ما روى عن مالك انه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال . ذرو الحبشة ماوذرتكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الاثر فلم يشترط بذلك لكن قال لم ينزل الناس يتحامون غزوهم

❦ الفصل الثالث ❦

وأما مايجوز من النكابة في العدو فان النكابة لا تدخل أن تكون في الاموال أو في النفوس أو في الرقاب أعني الاستعباد والتملك . فاما النكابة التي هي الاستعباد فهي جائزة بطريق الاجماع في جميع أنواع المشركين أعني بذكرانهم وبناتهم وشيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قوما رأوا أن يتركوا ولا يؤسروا بل يشركوا دون أن يعرض اليهم لا يقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فذرهم وما حسبوا أنفسهم اليه اتباعا لفعل أبي بكر وأكثر العلماء على ان الامام مخير في الاسارى في خصال منها أن يمس عليهم ومنها أن يستعبدهم ومنها أن يقتلهم ومنها أن ياخذ منهم الفداء ومنها أن يضرب عليهم الجزية وقال قوم لايجوز قتل الاسير وحكي الحسن بن محمد التميمي انه اجماع الصحابة في السبب في اختلافهم تعارض الآية في هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان ظاهر قوله تعالى (فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب) الآية انه ليس للامام بعد الامر الا المن أو الفداء وقوله تعالى (ما كان لبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الارض) الآية * والسبب الذي تزلت فيه من أسارى بدر يدل على ان القتل أفضل من الاستعباد واما هو عليه الصلاة والسلام فقد قتل الاسارى في غير ما موطن وقد من واستعبد النساء وقد حكي أبو عبيد انه لم يستعبد احرا ذكورا والعرب وأجمعت الصحابة بعده على استعباد أهل الكتاب ذكرانهم وبناتهم فمن رأى ان الآية الخاصة بقتل الاسارى ناسخه لفعله قال لا يقتل الاسير ومن رأى أن الآية ليس فيها ذكر لقتل الاسير ولا المقصود منها حصر مايفعل بالاسارى بل فعله عليه الصلاة والسلام هو حكم زائد

على ما في الآية ويحط العتب الذي وقع في ترك قتل أسارى بدر قال بجواز قتل الأسير والقتل أنما يجوز إذا لم يكن يوجد بعد تأمين وهذا ما لا خلاف فيه بين المسلمين وإنما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز . وانفقوا على جواز تأمين الإمام . وجهور العلماء على جواز أمان الرجل الحر المسلم إلا ما كان ابن الماجشون يرى أنه موقوف على اذن الإمام . واختلفوا في أمان العبد وأمان المرأة فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسخون يقولان أمان المرأة موقوف على اذن الإمام وقال أبو حنيفة لا يجوز أمان العبد إلا أن يقال ^ب والسبب في اختلافهم معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام : المسلمون تكافأ حماؤهم وسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا يوجب أمان العبد بعمومه وأما القياس المعارض له فهو أن الأمان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب أن يكون للعبودية تأثير في اسقاطه قياساً على تأثيرها في اسقاط كثير من الأحكام الشرعية وإن نخص ذلك العموم بهذا القياس . وأما اختلافهم في أمان المرأة فسيب اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ وقياس المرأة في ذلك على الرجل وذلك أن من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام : قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ إجازة أمانها لا صحته في نفسه وإنه لو لا إجازته لذلك لم يؤثر قال لا أمان للمرأة إلا أن يجيزه الإمام ومن فهم من ذلك أن امضاء أمانها كان من جهة أنه قد كان انعقد وأثر لا من جهة أن إجازته هي التي صححت عقده قال أمان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم يربينهما فراق في ذلك أجاز أمانها ومن رأى أنها ناقصة عن الرجل لم يجز أمانها وكيفما كان فالأمان غير مؤثر في الاستعباد وإنما يؤثر في القتل وقد يمكن أن يدخل الاختلاف في هذا من قبل اختلافهم في ألفاظ جموع المذكر هل يتناول النساء أم لا أعني بحسب العرف الشرعي . وأما النسكائية التي تكون في النفوس فهي القتل ولا خلاف بين المسلمين أنه يجوز في الحرب قتل المشركين الذكور البالغين المقاتلين . وأما القتل بعد الأسر ففيه الخلاف الذي ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم في أنه لا يجوز قتل صبياتهم ولا قتل نساءهم ما لم تقا تل المرأة والصبي فاذا قاتلت المرأة استباح دمها وذلك لما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال في امرأة مقتولة ما كانت هذه لتقاتل . واختلفوا في أهل الصوامع المنتزعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحرث والعفيف فقال مالك لا يقتل الأعمى ولا المعتوه ولا أصحاب الصوامع ويترك لهم من أموالهم بقدر ما يعيشون

به وكذلك لا يقتل الشيخ الفاني عنده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الثوري والاوزاعي لا يقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعي لا يقتل الحراث وقال الشافعي في الاصح عنده يقتل جميع هذه الاصناف في السبب في اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها لعموم الكتاب ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله الحديث وذلك أن قوله تعالى (فإذا انسלخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) يقتضى قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله. وأما الآثار التي وردت باستبقاء هذه الاصناف فمنها ما رواه داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال : لا تقتلوا أصحاب الصوامع ومنها أيضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغفلوا خروجه أبو داود ومن ذلك أيضا ما رواه مالك عن أبي بكر أنه قال : ستجدون قوما زعموا أنهم حبسوا أنفسهم لله فدمهم وما حبسوا أنفسهم له وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرما ويشبه أن يكون السبب الاملك في الاختلاف في هذه المسئلة معارضة قوله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين) لقوله تعالى (فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) الآية فمن رأى أن هذه ناسخة لقوله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم) لان القتال أولا إنما أبيع لمن يقاتل قال الآية على عمومها ومن رأى أن قوله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم) هي محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون استثناء من عموم تلك وقد احتج الشافعي بحديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اقتلوا شيوخ المشركين واستحبوا شرخهم وكان العلة الموجبة للقتل عنده انما هي الكفر فوجب أن تطرد هذه العلة في جميع الكفار . وأما من ذهب الى انه لا يقتل الحراث فانه احتج في ذلك بما روى عن زيد بن وهب قال أنانا كتاب عمر رضى الله عنه وفيه ولا تغفلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليداً وانقوا الله في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النهى عن قتل المسيف المشرك وذلك انه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاها فخر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل ثم نظر في وجوه القوم فقال لا أحدكم يلحق بإخالد بن الوليد فلا يتلن ذرية ولا عسيفاً ولا امرأة في السبب الموجب بالجملة لاختلافهم اختلافهم في العلة الموجبة للقتل فمن زعم أن العلة الموجبة لذلك هي الكفر

لم يستثن أحدا من المشركين ومن زعم أن العلة في ذلك اطاقة القتال للنهي عن قتل النساء مع انهن كفارواستثنى من لم يطلق القتال زمن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح والعسيف وصح النهي عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح . واختلفوا في تحريقهم بالنار فكره قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر و يروى عن مالك وأجاز ذلك سفيان الثوري وقال بعضهم ان ابتداء العدو بذلك جاز والا فلا . والسبب في اختلافهم معارضة العموم بالخصوص . أما العموم فقوله تعالى (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ولم يستثن قتلا من قتل . وأما الخصوص فما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : في رجل ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فإنه لا يذهب بالنار الا رب النار واتفق عوام الفقهاء على جواز رمي الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء ان النبي عليه الصلاة والسلام : نصب المنجنيق على أهل الطائف . وأما اذا كان الحصن فيه أسارى من المسلمين وأطفال من المسلمين فقالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قول الاوزاعي وقال الايث ذلك جائز ومعتد من لم يجزه قوله تعالى (لوتربلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا أليما) الآية . وأما من أجاز ذلك فكأنه نظر الى المصاحبة فهذا هو مدار الشكاية التي يجوز أن تباع بهم في نفوسهم وورقهم . وأما الشكاية التي تجوز في أموالهم وذلك في المبانى والحيوان والنبات فانهم اختلفوا في ذلك فأجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العمار ولم يجز قتل الموانى ولا تحرق النخل وكره الاوزاعي قطع الشجر المثمر وتخريب العمار كنيسة كان أو غير ذلك وقال الشافعي تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم مما قل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم مما قل . والسبب في اختلافهم مخالفة فعل أبي بكر في ذلك لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام : حرق نخل بنى النضير وثبت عن أبي بكر انه قال لا تقطعن شجرا ولا تخربين عامرا فن ظن أن فعل أبي بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على أبي بكر أن يخالفه مع علمه بفعله أو رأى ان ذلك كان خاصا بنى النضير افزروهم قال يقول أبي بكر ومن اعتمد فعله عليه الصلاة والسلام ولم ير قول أحد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثله وقد نهى عن المثلة ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قتل حيوانا فهذا هو مدركة الشكاية التي يجوز ان تباع من الكفار في نفوسهم وأموالهم .

﴿الفصل الرابع﴾

فاما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق أعنى انه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شيء مجتبع عليه من المسلمين لقوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) واما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فانهم اختلفوا في ذلك فمنهم من أوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها والسبب في اختلافهم معارضة القول لفعل وذلك انه ثبت انه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لاميرها اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال أو خلال فإثنين ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم أنهم ان فعلوا ذلك ان لهم ماله مهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان أبوا واخاروا دارهم فاعلمهم أنهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذي يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم في الفى والغنيمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فادعهم الى إعطاء الجزية فان أجابوا فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن باقة وقاقلهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس وهم الجمهور من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان في أول الاسلام قبل أن تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص ومن استحسّن الدعاء فهو وجه من الجمع .

﴿الفصل الخامس﴾

وأما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا) الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك ان الضعف انما يستبر في القوة لافي العدد وأنه يجوز أن يفر الواحد عن واحد اذا كان أعتق جوادا منه وأجود سلاحا وأشد قوة .

﴿الفصل السادس﴾

فاما هل تجوز المهادنة فان قوما أجازوها ابتداء من غير سبب اذا رأى ذلك الامام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجيزوها الا لمكان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من فتنة أو غير ذلك اما بشئ يأخذونه منهم لاعلى حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها

أن تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم أحكام المسلمين وأما بلا شيء يأخذونه منهم وكان
الاوراعى يجيز أن يصلح الإمام الكفار على شيء يدفعه المسلمون إلى الكفار إذا دعت
إلى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات وقال الشافعى لا يعطى المسلمون
الكفار شيئاً إلا أن يخافوا أن يظلموا لكثرة العدو وقتلهم أو لخنه نزلت بهم ومن
قال بإجازة الصلح إذا رأى الإمام ذلك مصلحة مالك والشافعى وأبو حنيفة إلا أن
الشافعى لا يجوز عنده الصلح لأكثر من المدة التى صلح عليها رسول الله صلى الله عليه
وسلم الكفار عام الحديبية ^٢ وسبب اختلافهم في جواز الصلح من غير ضرورة معارضة
ظاهر قوله تعالى (فاذا انسأخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم)
وقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) لقوله تعالى (وإن جنحوا
للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) فمن رأى أن آية الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا
الجزية ناسخة لآية الصلح قال لا يجوز الصلح إلا من ضرورة ومن رأى أن آية الصلح
مخصصة لتلك قال الصلح جائز إذا رأى ذلك الإمام وعضد تأويله بفعله ذلك صلى الله
عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة . وأما
الشافعى فلما كان الأصل عنده الأمر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وكان هذا مخصصاً
عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير أن يزداد على المدة التى صلح عليها رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقد اختلف في هذه المدة ف قيل كانت أربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشرين وبذلك
قال الشافعى . وأما من أجاز أن يصلح المسلمون المشركين بأن يعطوا لهم المسلمون شيئاً
إذا دعت إلى ذلك ضرورة فتنة أو غيرها فصيروا إلى ما روى أنه كان عليه الصلاة
والسلام قد هم أن يعطى بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الأحزاب
لتخديبتهم فلم يوافق على القدر الذى كان سمح له به من ثمر المدينة حتى أفاء
الله بنصره . وأما من لم يجز ذلك إلا أن يخاف المسلمون أن يظلموا فقياساً
على إجماعهم على جواز فداء أسارى المسلمين لأن المسلمين إذا صاروا في هذا الحد
فهم بمنزلة الأسارى .

﴿ الفصل السابع ﴾

فأما إذا محاربون فاتفق المسلمون على أن المقصود بالمحاربة لاهل الكتاب ما
عدى اهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو أحد أمرين إما الدخول في
الاسلام، وأما إعطاء الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا
يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى

يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من
المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم: سنوهم سنة أهل الكتاب. واختلفوا فيما
سوى أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ
الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال
الشافعي وأبو ثور وجماعة لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب والمجوس * والسبب في
اختلافهم معارضة العموم للخصوص. أما العموم فقوله تعالى (وقاتلوهم حتى
لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) وقوله عليه والسلام: أمرت أن أقاتل
الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها
وحسابهم على الله. وأما الخصوص فقوله لامراء السرايا الذين كان يبعثهم إلى مشركي
العرب ومعلوم أنهم كانوا غير أهل كتاب فإذا لقيت عدوك فادعهم إلى ثلاث خصال
فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم إذا تأخر عن الخصوص
فهو نسخ له قال لا تقبل الجزية من مشرك ماعدا أهل الكتاب لأن الآي الأمر
بقتالهم على العموم هي متأخرة عن ذلك الحديث وذلك أن الأمر بقتال المشركين عامة
هو في سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث إنما هو قبل الفتح بدليل دعائهم
فيه للهجرة ومن رأى أن العموم يبني على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التقدم
والتأخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين. وأما تخصيص أهل الكتاب من
سائر المشركين فخرج من ذلك العموم باتفاق بخصوص قوله تعالى (من الذين أوتوا
الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وسيأتي القول في الجزية وأحكامها
في الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هي أركان الحرب وما يتعلق بهذه الجملة من
المسائل المشهورة النہی عن السفر بالقرآن إلى أرض العدو وعامة الفقهاء على أن
ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة يجوز
ذلك إذا كان في العساكر المأمونة * والسبب في اختلافهم هل النہی عام أريد به العام
أو عام أريد به الخاص.

(الجملة الثانية) والقول المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر أيضا في سبعة فصول
الاول في حكم الخمس، الثاني في حكم الاربعة الاخماس، الثالث في حكم الانفال،
الرابع في حكم ما وجد من أموال المسلمين عند التكفار، الخامس في حكم
الارضين، السادس في حكم الفئ، السابع في أحكام الجزية والمال الذي يؤخذ
منهم على طريق الصلح.

﴿ الفصل الاول ﴾

وانفق المسلمون على ان الغنيمة التي تؤخذ قسرا من أيدي الروم ماعدا الارضين
ان خمسها للامام وأربعة أخماسها للذين غنموها لقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من
شيء فان لله خمسة وللرسول الآية) واختلفوا في الخمس على أربعة مذاهب مشهورة ،
أحدها ان الخمس يقسم على خمسة أقسام على نص الآية وبه قال الشافعي ، والقول
الثاني انه يقسم على أربعة أخماس وان قوله تعالى « فان لله خمسة » هو افتتاح كلام
وليس هو قسما خامسا ، والقول الثالث انه يقسم اليوم ثلاثة أقسام وان سهم النبي وذوي
القربى سقطا بموت النبي صلى الله عليه وسلم ، والقول الرابع ان الخمس بمنزلة الفية
يعطى منه الفنى والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم أربعة
أخماس أو خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم
القراية بعد موته فقال قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل
يرد على باقى الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم ذوي القربى
لقراية الامام وقال قوم بل يجبلان فى السلاح والعدة . واختلفوا فى القراية من هم فقال
قوم بنو هاشم فقط وقال قوم بنو عبد المطلب وبنو هاشم . وسبب اختلافهم فى
هل الخمس يقصر على الاصناف المذكورين أم يعمد لغيرهم هو هل ذكر تلك
الاصناف فى الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم أم قصد التنبيههم على غيرهم
فيكون ذلك من باب الخاص أريد به العام فن رأى أنه من باب الخاص أريد به
الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الاصناف المنصوص عليها وهو الذى عليه
الجمهور ومن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام قال يجوز للامام ان
يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج من رأى أن سهم النبي صلى الله
عليه وسلم للامام بعده بما روى عنه عليه السلام أنه قال اذا أطعم الله نبيا طعمة
فهو للخليفة بعده . وأما من صرفه على الاصناف الباقين أو على الغانمين فتشبيها
بالصنف المحبس عليهم . وأما من قال القراية هم بنو هاشم وبنو المطلب فإنه احتج بحديث
جبير بن مطعم قال : قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى لبني هاشم
وبني المطلب من الخمس قال وإنما بنو هاشم وبنو المطلب صنف واحد ومن قال
بنو هاشم صنف فلانهم الذين لا يحل لهم الصدقة . واختلف العلماء فى سهم النبي
صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم فى وجوب
الخمس له غاب عن القسمة أو حضرها ، وقال قوم بل الخمس والصنف وهو

سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو نبيء كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس أو أمة أو عبد وروى عن صفية كانت من الصفي وأجمعوا على أن الصفي ليس لاحد من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أبانور فإنه قال يجري مجرى سهم النبي صلى الله عليه وسلم .

(الفصل الثاني)

وأجمع جمهور العلماء على أن أربعة أخماس الغنيمة للغنائم إذا خرجوا باذن الامام واختلفوا في الخارجين بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة وفي يجب ولم يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم . فالجمهور على أن أربعة أخماس الغنيمة للذين غنموها خرجوا باذن الامام أو بغير ذلك لعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء) الآية وقال قوم إذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير اذن الامام فكل ما ساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغنم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهؤلاء كأنهم اعتمدوا صورة الفعل الواقع من ذلك في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا إنما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكانهم رأوا ان اذن الامام شرط في ذلك وهو ضعيف . وأما من له السهم من الغنيمة فانهم اتفقوا على الذكران الاحرار البالغين واختلفوا في اضعادهم أعني في النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد وللنساء حظ من الغنيمة ولكن يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغنائم وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغنائم وهو قول الاوزاعي وكذلك . اختلفوا في الصبي المراهق فمنهم قال يقسم له وهو مذهب الشافعي ومنهم من اشترط في ذلك أن يطبق القتال وهو مذهب مالك ، ومنهم من قال يرضخ له . وسبب اختلافهم في العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد وأيضا فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك أنه انتشر فيهم رضى الله عنهم أن الغلمان لا سهم لهم روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ذكره ابن أبي شيبة من طرق عنهما قال أبو عمر بن عبد البر أصح ما روى من ذلك عن عمر ما رواه سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن اوس بن الحدثان قال قال عمر ليس أحد الا وله في هذا المال حق الا ما ملكت أيما نكم وإنما صار الجمهور الى أن المرأة لا يقسم لها ويرضخ بحديث أم عطية الثابت قالت كند تغزوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فداوى الجرحى وتمرض المرضى وكان

يرضخ لنا من الغنيمة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل في كونها اذا غزت لها تأثير في الحرب أم لا فانهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن العزو فمن شبهن بالرجال أوجب لهن نصيبا في الغنيمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى إما لم يوجب لهن شيئا وإما أوجب لهن دون حظ الغنائم وهو الارضاخ والاولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للنساء بخير. وكذلك اختلفوا في التجار والاجراء هل يسهم لهم أم لا فقال مالك لا يسهم لهم الا أن يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال * وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسة) بالقياس الذي يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغنائم وذلك أن من رأى أن التجار والاجراء - كمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم يقصدوا القتال وإنما قصدوا اما التجارة واما الاجارة استثنائهم من ذلك العموم ومن رأى أن العموم أقوى من هذا القياس أجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناهم ما خرجه عيد الرزاق ان عبد الرحمن بن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين ان يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر الخروج دعاه فابى ان يخرج معه واعتذر له بأمر عياله وأهله فاعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما هزموا الهدو سأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغانم فقال عبد الرحمن سأذكر أمرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظها ونصيبه من غزوه في أمر دنياه وآخرته وخارج مثله أبو داود عن يلى بن منبه، ومن أجاز له القسم شبهه بالجمائل أيضا وهو ان يعين أهل الديوان بعضهم بعضا أعنى يعين القاعد منهم الغازي وقد اختلف العلماء في الجمائل فجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من أجاز ذلك من السلطان فقط أو اذا كانت ضرورة وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وأما الشرط الذي يجب به للمجاهد السهم من الغنيمة فان الأكثر على انه اذا شهد القتال وجب له السهم وان لم يقاتل وانه اذا جاء بعد القتال فليس له سهم في الغنيمة وبهذا قال الجمهور وقال قوم اذا لحقهم قبل ان يخرجوا الى دار الاسلام وجب له حظ من الغنيمة ان اشتغل في شيء من أسبابها وهو قول أبي حنيفة * والسبب في اختلافهم سببان القياس والاثار أما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازي في الحفظ بتأثيره في الاخذ وذلك أن الذي شهد القتال له تأثيره في الاخذ أعنى في أخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم والذي جاء قبل ان يصلوا الى بلاد المسلمين له تأثير في الحفظ فمن شبه التأثير في الحفظ بالتأثير في الاخذ قال يجب له السهم وان لم يحضر القتال ومن رأى ان الحفظ أضعف

لم يوجب له وأما الاثر فان في ذلك أثرين متعارضين أحدهما ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ابان بن سعيد على سريه من المدينة قبل نجد فقدم ابان وأصحابه على النبي صلى الله عليه وسلم بخير بعد ما فتحوها فقال ابان أقسم لنا يا رسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والاثر الثاني ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر : إن عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لاحد غاب عنها قالوا فوجب له السهم لان اشتغاله كان بسبب الامام قال أبو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال . الغنيمة لمن شهد الواقعة . وأما السرايا التي تخرج من العساكر فتغنم فالجمهور على ان أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وان لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام وترد سراياهم على قعدتهم خرجه ابو داود ولان لهم تأثيرا أيضا في أخذ الغنيمة وقال الحسن البصري اذا خرجت السرية باذن الامام من عسكره خمسها وما بقي فلاله السرية وان خرجوا بغير اذنه خمسها وكان ما بقي بين أهل الجيش كله وقال النخعي الامام بالخيار ان شاء خمس ما ترد السرية وان شاء نفله كله والسبب أيضا في هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير العسكر في غنيمة السرية بتأثير من حضر القتال بها وهم أهل السرية فاذن الغنيمة انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شرطين ؛ إما ان يكون ممن حضر القتال ؛ وإما ان يكون رداء لمن حضر القتال . وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا في الفارس فقال الجمهور لفارس ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه ، وقال أبو حنيفة للفارس سهمان سهم لفرسه وسهم له والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للاثر وذلك ان أبا داود خرج عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم : أسهم لرجل وفرسه ثلاثة أسهم سهمان لفارس وسهم لراكبه وخرج أيضا عن عجم بن حارثة الانصاري مثل قول أبي حنيفة . وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو ان يكون سهم الفرس أكثر من سهم الانسان هذا الذي اعتمد أبو حنيفة في ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشيء لان سهم الفرس انما استحقه الانسان الذي هو الفارس بالفارس وغير بعيد ان يكون تأثير الفارس بالفارس في الحرب ثلاثة أضاف تأثير الراجل بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر أثبت وأما ما يجوز للمجاهد ان يأخذ من الغنيمة قبل القسم فان المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الحائط والمحيط فان الغلول عار وشنار على أهله يوم القيامة

إلى غير ذلك من الآثار الواردة في هذا الباب. واختلفوا في إباحة الطعام للغزاة ماداموا في أرض الغزو فأباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب رضي والسبب في اختلافهم معارضة الآثار التي جاءت في تحريم الغلول والآثار الواردة في إباحة أكل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن أبي أوفى فمن خصص أحاديث تحريم الغلول بهذه أجاز أكل الطعام للغزاة ومن رجع أحاديث تحريم الغلول على هذا لم يجز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لأعطي منه شيئاً فالتفت فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرجه البخاري ومسلم وحديث ابن أبي أوفى قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا ندفعه خرجه أيضاً البخاري واختلفوا في عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب إلا التعزير رضي وسبب اختلافهم في تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر أنه قال قال عليه الصلاة والسلام من غل فاحرقوا متاعه .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء أعنى ان يزيد على نصيبه فان العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أى شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل أم ليس يجب الا أن ينقله له الامام فهذه أربع مسائل هي قواعد هذا الفصل .

(أما المسئلة الاولى) فان قوما قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل إنما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذى اختاره الشافعى ، وقال قوم بل النفل من حصة الغنيمة وبه قال أحمد وأبو عبيد ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنيمة رضي والسبب في اختلافهم هو هل ينال الآيتين الواردتين في المغنم تعارض أم هما على التخيير أعنى قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الآية وقوله تعالى يسألونك عن الانفال الآية فن رأى أن قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) ناسخة لقوله تعالى (يسألونك عن الانفال) قال لانقل الا من الخمس أو من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لا معارضة بينهما وانهما على التخيير أعنى أن للامام ينقل من رأس الغنيمة من شاء وله الا ينقل بان يعطى جميع أرباع الغنيمة للغانمين قال بجواز النفل من رأس الغنيمة ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو اختلاف الآثار في هذا الباب وفي ذلك أثران ، أحدهما ما روى مالك

عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبعث سرية فيها عبد الله بن عمر قبل نجد فتغنموا إبلا كثيرة فكان سهمانهم اثني عشر بعيرا ونفلوا بعيرا بعيرا وهذا يدل على أن النفل كان بعد القسمة من الخمس والثاني حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع من السرايا بعد الخمس في البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة يعني في بداءة غزوه عليه السلام وفي انصرافه .

(وأما المسئلة الثانية) وهي ما مقدار مال الامام ان ينفل من ذلك عند الذين أجازوا النفل من رأس الغنيمة فان قوما قولوا لا يجوز ان ينفل أكثر من الثلث أو الربع على حديث حبيب بن مسلمة وقال قوم ان نفل الامام السرية جميع ما غنمت جاز مصيراً الى ان آية الانفال غير منسوخة بل محكمة وانها على عمومها غير مخصوصة ومن رأى انها مخصوصة بهذا الاثر قال لا يجوز ان ينفل أكثر من الربع أو الثلث .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي هل يجوز الوعد بالنفل قبل الحرب أم ليس يجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فكره ذلك مالك وأجازوه جماعة ثم سبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لظاهر الاثر وذلك ان الغزو انما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هي العليا فاذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف ان يسفك الغزاة دماءهم في حق غير الله وأما الاثر الذي يقتضى ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن سلمة أن النبي عليه السلام كان ينفل في الغزو السرايا الخارجة من العسكر الربع وفي القول الثلث : ومعلوم أن المقصود من هذا انما هو التنشيط على الحرب .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب الا ان نفيه له الامام فانهم اختلفوا في ذلك فقل مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول الا ان ينفيه له الامام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثوري وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وإسحاق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الامام أو لم ينفيه ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطاً ومنهم من قال لا يكون له السلب الا اذا قتله مقبلاً غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل قبل معصية الحرب أو بعدها وأما ان قتله في حين المعصية فليس له سلب وبه قال الاوزاعي، وقال قوم ان استكثر الامام السلب جاز أن يخمسه * وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين بعد ما برد القتال من قتل قتيلاً فله سلبه أن يكون ذلك منه عليه الصلاة والسلام على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوى عنده انه على جهة النفل من قبل انه لم يثبت عنده انه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولا قضى به الايام

حنين ولمعارضة آية الغنيمة له ان حمل ذلك على الاستحقاق أعنى قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء) الآية فانه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن الأربعة الاخماس واجبة للغانمين كما أنه لما نص على الثالث للام في المواريث علم أن الثلثين للاب قال أبو عمر وهذا القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروى عن عمر بن الخطاب أنه قال كنا لا نخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج أبو داود عن عوف بن مالك الأشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالسلب للأتائل وخرج ابن أبي شيبة عن أنس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة فطمنه طمنة على فربوس مرسجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين ألفاً فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لابي طلحة انا كنا لا نخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ ما لا كثيراً ولا أرانى الاخسته قال قال ابن سيرين فحدثني أنس بن مالك انه أول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من فرق بين السلب القليل والكثير ، واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ما وجد على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة .

❦ الفصل الرابع ❦

وأما أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار فانهم اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال مشهورة ، أحدها ان ما استرد المسلمون من أيدي الكفار من أموال المسلمين فهو لأربابها من المسلمين وليس للفرقة المستتردين لذلك منها شيء وبمن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه وأبو ثور ، والقول الثاني ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شيء وهذا القول قاله الزهري وعمر بن دينار وهو مروي عن علي بن أبي طالب ، والقول الثالث ان ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلائمن وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالقيمة وهؤلاء انقسموا قسمين فبعضهم رأى هذا الرأي في كل ما استرده المسلمون من أيدي الكفار باى وجه صار ذلك الى أيدي الكفار وفي أى موضع صار وبمن قال بهذا القول مالك والثوري وجعاعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب، وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى أيدي الكفار غلبة وحازوه حتى أوصلوه الى دار المشركين وبين ما أخذ منهم قبل أن يحوزوه ويبلغوا به دار الشرك فقالوا ما حازوه فحكمه ان ألفاء صاحبه قبل القسم فهو له وان ألفاء بعد القسم فهو أحق به بالثمن قالوا وأما ما لم يحزوه العدو بان يبلغوا دارهم به فصاحبه أحق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع

واختلافهم راجع الى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم اذا غلبهم عليها أم ليس يملكونها . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس وذلك أن حديث عمران بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئاً وهو قال أغار المشركون على مروح المدينة وأخذوا العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعر الارغى حتى أتت العضباء فأتت ناقة ذلولاً فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرها فلما قدمت المدينة عرفت الناقة فأتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال : بشس ما جزيتها لا نذر فيها لا يملك ابن آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو أنه غارله فرس فاخذها العدو فظهر عليه المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان . وأما الاثر الذي يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعني انه باع دوره التي كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام الى المدينة . وأما القياس فان من شبه الاموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كحال الباغي مع العادل أعني انه لا يملك عليهم الامرين جميعا . ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو ضامن للهوى ان فاتت عينه وقد أجمعوا على ان الكفار غير ضامين لاموال المسلمين فلزم عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا وأما من فرق بين الحكم قبل الغنم وبعده وبين ماأخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بان صار اليهم من تلقائه مثل العبد الا بقى والفرس العائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس يجد وسطا بين أن يقول اما أن يملك المشرك على المسلم شيئاً أولاً يملكه الا ان يثبت في ذلك دليل سمعى لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحديث الحسن بن عماره عن عبد المالك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلاً وجد بعيراً له كان المشركون قد أصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل أن يقسم فهو لك وان أصبته بعد القسم أخذه بالقيمة لكن الحسن بن عماره مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث والذي عول عليه مالك فيما أحسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له أخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء أبي حنيفة أم الولد والمدير من سائر الاموال لا معنى له وذلك انه يرى ان الكفار يملكون على المسلمين

سائر الاموال ماعدا هذين وكذلك قول مالك في أم الولد أنه اذا أصابها مولاها بعد القسم ان على الامام ان يفديها فان لم يفعل أجبر سيدها على فدائها فان لم يكن له مال أعطيت له واتبه الذي خرجت في نصيبه بقيمتها دينا متى أيسر هو قول أيضا ليس له حظ من النظر لانه ان لم يملكها الكفار فقد يجب ان يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سيل له عليها وأيضاً فانه لا فرق بينها وبين سائر الاموال الا ان ثبت في ذلك سماع ومن هذا الاسل أعني من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أو لا يملك اختلف الفقهاء في الكافر يسلم ويبدء مال مسلم هل يصح له أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يصح له وقال الشافعي على أصله لا يصح له. واختلف مالك وأبو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص وأخذ مما في أيديهم مال مسلم فقال أبو حنيفة هو أولى به وان أراد صاحبه أخذه بالثمن وقال مالك هو لصاحبه فلم يجز على أصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحربي يسلم ويهاجر ويترك في دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فنه من قال لكل ما ترك حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والاصل ان المبيع للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام : فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم فمن زعم ان هنا مبيحا للمال غير الكفر من تملك عدو أو غيره فعليه الدليل وليس هنا دليل تعارض به هذه القاعدة والله أعلم .

(الفصل الخامس)

واختلفوا فيما افتح المسلمون من الارض غنوة فقال مالك لا تقسم الارض وتكون وقفا يصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبيل الخير الا ان يرى الامام وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضى القسمة فان له ان يقسم الارض وقال الشافعي الارضون المفتوحة تقسم كما تقسم الغنائم يعني خمسة أقسام؛ وقال أبو حنيفة الامام مخير بين ان يقسمها على المسلمين أو يضرب على أهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بأيديهم وسبب اختلافهم ما يظن من التعارض بين آية سورة الانفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الانفال تقتضى بظاهرها ان كل ما غنم يخمس وهو قوله تعالى (اعلموا انما غنمتم) وقوله تعالى في

آية الحشر (والذين جاؤا من بعدهم) عطفنا على ذكر الذين أوجب لهم النوى يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والأتين شركاء في النوى كما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال في قوله تعالى (والذين جاؤا من بعدهم) ما أرى هذه الآية الا قد سمت الخلق حتى الراعى بكداء أو كلاما هذا معناه ولذلك لم تقسم الارض التي افتتحت في أيامه غنوة من أرض العراق ومصر فمن رأى ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة لآية الانفال استثنى من ذلك الارض ومن رأى ان الآيتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رأى ان آية الانفال في الغنمة وآية الحشر في النوى على ما هو الظاهر من ذلك قال تخمس الارض ولا بد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام : قسم خير بين الغزاة قالوا فالواجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذي يجرى مجرى النيان للمجمل فضلا عن العام . وأما أبو حنيفة فأنما ذهب الى التخيير بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالشطر ثم أرسل ابن رواحة فقا سمهم قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام بالخيار بين القسمة والافرار بأيديهم وهو الذي فعل عمر رضى الله عنه وان أسلموا بعد الغلبة عليهم كانت مخيرا بين المن عليهم أو قسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة أعنى من المن وهذا انما يصح على رأى من رأى انه افتتحها غنوة فان الناس اختلفوا في ذلك وان كان الاصح انه افتتحها غنوة لانه الذى خرج به مسلم وبلغى ان تعلم ان قول من قال ان آية النوى وآية الغنمة محمولتان على الخيار وان آية النوى ناسخة لآية الغنمة أو مخصصة لها انه قول ضئيف جداً الا أن يكون اسم النوى والغنمة يدلان على معنى واحد فان كان ذلك فالآيتان متعارضتان لان آية الانفال توجب التخمس وآية الحشر توجب القسمة دون التخمس فوجب أن تكون احدهما ناسخة للآخرى أو يكون الامام مخيراً بين التخمس وتروك التخمس وذلك في جميع الاموال المغنومة وذكر بعض أهل العلم أنه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاية على المذهب وبوجب على مذهب من يريد أن يستلبط من الجمع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ما عدا الارض ان تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة ببعض ما في الاخرى أو ناسخة له حتى تكون آية الانفال خصصت من عموم آية الحشر ما عدا الارضين فأوجب فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الانفال الارض فلم توجب فيها

خمساً وهذه الدعوى لاتصح الابدليل مع ان الظاهر من آية الخسر انها تضمنت القول في نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذي تضمنته آية الانفال وذلك ان قوله تعالى (فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) هو تنبيه على العلة التي من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك اذ كانت توجد بالايحاف .

﴿ الفصل السادس في قسمة النفي ﴾

وأما النفي عند الجمهور فهو كل ماصار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير ان يوجف عليه بخيل أو رجل . واختلف الناس في الجهة التي يصرف اليها فقال قوم ان النفي لجميع المسلمين الفقير والغني وان الامام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في النوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولاخمس في شيء منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن أبي بكر وعمر وقال الشافعي بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الاصناف الذين ذكروا في آية الغنائم وهم الاصناف الذين ذكروا في الخمس بعينه من الغنيمة وان الباقي هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى وأحسب أن قوما قالوا أن النفي غير خمس ولكن يقسم على الاصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو أخذ أقوال الشافعي فيما أحسب . وسبب اختلاف من رأى أنه يقسم جميعه على الاصناف الخمسة أو هو مصروف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلافهم في قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك أعني ان من جعل ذكر الاصناف في الآية تنبيها على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الاصناف تعديداً للذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى بهم هؤلاء الاصناف أعني أنه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه وأما تخميس النفي فلم يقل به أحد قبل الشافعي وإنما حمله على هذا القول أنه رأى النفي قد قسم في الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس لانه ظن أن هذه القسمة مختصة بالخمسة . وليس ذلك بظاهر بل الظاهر أن هذه القسمة تخص جميع النفي لا جزءاً منه وهو الذي ذهب اليه فيما أحسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي يحمله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك .

﴿ الفصل السابع في الجزية ﴾

والكلام المحيط باصول هذا الفصل ينحصر في ست مسائل ؛ المسئلة الاولى من يجوز أخذ الجزية ؛ الثانية على اى الاصناف منهم تجب الجزية ، الثالثة كم يجب ، الرابعة متى تجب ومتى تسقط ، الخامسة كم اصناف الجزية ؛ السادسة فيماذا يصرف مال الجزية . . المسئلة الاولى قاما من يجوز اخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز اخذها من اهل الكتاب المعجم ومن المجوس كما تقدم . واختلفوا في اخذها ممن لا كتاب له وفيمن هو من اهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم انها لا تؤخذ من فرشى كتابي وقد تقدمت هذه المسئلة .

(وأما المسئلة الثانية) وهي أى الاصناف من الناس تجب عليهم فاتهم انفقوا على انها انما تجب بثلاثة أوصاف ، الذكورية ، والبلوغ ، والحرية وانها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت انما هي عوض من القتل والقتل انما هو متوجبا لا امر نحو الرجال البالغين إذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان . وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد . واختلفوا في اصناف من هؤلاء . منها في المجنون وفي المقعد . ومنها في الشيخ . ومنها في أهل الصوامع . ومنها في الفقير هل يتبع بها ديناً متى أيسر أم لا وكل هذه مسائل اجتهدية ليس فيها توقيت شرعى ❀ وسبب اختلافهم مبنى على هل يقبلون أم لا أغنى هؤلاء الاصناف .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي كم الواجب فاتهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك ان القدر الواجب في ذلك هو ما فرضه عمر رضى الله عنه وذلك على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعون درهما ومع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا تزد على ذلك ولا ينقص منه ؛ وقال الشافعى أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب ما يصلحون عليه ؛ وقال قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف إلى اجتهاد الامام وبه قال الثورى ؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه الجزية اثنا عشر درهما وأربعة وعشرون درهما وثمانية وأربعون لا ينقص الفقير من اثني عشر درهما ولا يزد الفنى على ثمانية ورابعين درهما والوسط أربعة وعشرون درهما ؛ وقال احمد ديناراً وعدله معافراً لا يزد عليه ولا ينقص منه ❀ وسبب اختلافهم إختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى اليمن وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافراً وهي ثياب باليمن وثبت

عن عمر أنه ضرب الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهما مع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام وروى عنه أيضاً أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على أهل السواد ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين وإثني عشر فن حمل هذه الأحاديث كلها على التخيير وتمسك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم الجزية إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم منفق على صحته وإنما ورد الكتاب في ذلك عاماً قال لا أحد في ذلك وهو الأظهر والله أعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله محدود ولاحد لا أكثره ومن رجح أحد حديثي عمر قال أما بأربعين درهما وأربعة دنانير وأما بثمانية وأربعين درهما وأربعة وعشرين وإثني عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لأنه مرفوع قال دينار فقط أو عدله معافر لا يزداد على ذلك ولا ينقص منه .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي متى تجب الجزية فانهم اتفقوا على أنها لا تجب إلا بعد الحول وأنها تسقط عنه إذا أسلم قبل انقضاء الحول ، واختلفوا إذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل تؤخذ منه جزية للحول الماضى بأسره أو لما مضى منه فقال قوم إذا أسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول لأن إسلامه أو قبل انقضائه وبهذا القول قال الجمهور ، وقالت طائفة إن أسلم بعد الحول وجبت عليه الجزية وإن أسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على أنه لا تجب عليه قبل انقضاء الحول لأن الحول شرط في وجوبها فإذا وجد الرفع لها وهو الإسلام قبل تقرر الوجوب أعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وإنما اختلفوا بعد انقضاء الحول لأنها قد وجبت فمن رأى أن الإسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثيراً من الواجبات قال تسقط عنه وإن كان إسلامه بعد الحول ومن رأى أنه لا يهدم الإسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثيراً من الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لا تسقط بعد انقضاء الحول .

فبسبب اختلافهم هو هل الإسلام يهدم الجزية الواجبة أولاً يهدمها .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي كم أصناف الجزية فإن الجزية عندهم ثلاثة أصناف جزية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها أعني التي تفرض على الحريين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لا في الواجب ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وإنما ذلك كله راجع إلى الاتفاق الواقع في ذلك بين المسلمين وأهل الصلح إلا أن يقول قائل إنه إن كان قبول الجزية الصلحية واجباً على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدر ما إذا أعطاه

من أنفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون أقلها محدوداً وأكثرها غير محدود وأما الجزية الثالثة فهي العشرية وذلك أن جمهور العلماء على أنه ليس على أهل الذمة عشر ولا زكاة أصلاً في أموالهم إلا ما روى عن طائفة منهم أنهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بنى تغلب أعنى أنهم أوجبوا إعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة في شيء من الأشياء التي تلزم فيها المسلمين الصدقة ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص فيما حكوا وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة واحتلفوا هل يجب العشر عليهم في الأموال التي يتجرون بها إلى بلاد المسلمين بنفس التجارة أو الإذن أن كانوا حربيين أم لا تجب إلا بالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء أن تجار أهل الذمة الذين لزمهم بالاقرار في بلدهم الجزية يجب أن يؤخذ منهم مما يجلبونه من بلد إلى بلد العشر إلا ما يسوقون إلى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في وجوبه بالإذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر الواجب عنده نصاب ولا حولاً . وأما أبو حنيفة فاشترط في وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور في كتاب الزكاة، وقال الشافعي ليس يجب عليهم عشر أصلاً ولا نصف عشر في نفس التجارة ولا في ذلك شيء محدود إلا ما اصطلاح عليه أو اشترط فعلى هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبي حنيفة تكون جلوساً ثالثاً من الجزية غير الصلحية والتي على الرقاب ومن سبب اختلافهم أنه لم يأت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع إليها وإنما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى أن فعل عمر هذا إنما فعله بأمر كان عنده في ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب أن يكون ذلك سلتهم ومن رأى أن فعله هذا كان على وجه الشرط إذ لو كان على غير ذلك لذكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم إلا بالشرط وحكى أبو عبيد في كتاب الأموال عن رجل من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام لا أذكر اسمه الآن أنه قيل له لم كنتم تأخذون العشر من مشركي العرب فقال لا نهم كانوا يأخذون منا العشر إذا دخلنا إليهم قال الشافعي وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وإن شاورطوا على أكثر فحسن قال وحكم الحربي إذا دخل بأمان حكم الذمى .

(وأما المسئلة السادسة) وهي فيما إذا تصرف الجزية فانهم اتفقوا على أنها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الشيء عند من رأى أنه مصروف إلى

اجتهاد الامام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم النىء انما ينطلق على الجزية في آية النىء واذا كانت الامر هكذا فالاموال الاسلامية ثلاثة أصناف : صدقة ونية وغنمة وهذا القدر كاف في تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب.

كتاب الايمان

وهذا الكتاب ينقسم أولاً الى مجلدين . المجلة الاولى في معرفة ضروب الايمان وأحكامها . والمجلة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة وأحكامها . (المجلة الاولى) وهذه المجلة فيها ثلاثة فصول . الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة وتمييزها عن غير المباحة . الثانى في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة . الثالث في معرفة الايمان التى ترفعها الكفارة والى لا ترفعها .

الفصل الاول

واتفق الجمهور على أن الاشياء منها مايجوز في الشرع أن يقسم به ومنها ما لايجوز أن يقسم به . واختلفوا أى الاشياء هى الاشياء التى بهذه الصفة فقال قوم أن الحلف المباح في الشرع هو الحلف بالله وان الحلف بغير الله عاص ووقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا ان الايمان المباحة هى الايمان بالله انفقوا على اباحة الايمان التى باسمائه . واختلفوا في الايمان التى بصفاته وأفعاله وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الاشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك الاثر ذلك أن الله قد أقسم في الكتاب باشياء كثيرة مثل قوله والسماء والطارق وقوله والنجم اذا هوى الى غير ذلك من الاقسام الواردة في القرآن وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت فمن جمع بين الاثر والكتاب بان قال ان الاشياء الواردة في الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هى الحلف بالله فقط ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث انما هو أن لا يظلم من لم يظلم الشرع بدليل قوله فيه : ان الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم وان هذا من باب الخاص أريد به العام أجاز الحلف بكل معظم في الشرع فإذا سبب اختلافهم هو اختلافهم في بناء الآية والحديث . وأما من منع

الحلف بصفات الله وبأفعاله فضعيف ^١ وسبب اختلافهم هو هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط أو يعمد إلى الصفات والأفعال لكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط جمود كثير وهو أشبه بمذهب أهل الظاهر وإن كان مرويا في المذهب حكاة النخعي عن محمد بن المواز، وشذت فرقة فنعت اليمين بالله عز وجل والحديث نص في مخالفة هذا المذهب .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وانفقوا أيضا على أن الإيمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان) واختلفوا فيهما هي اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها اليمين على الشيء يظن الرجل أنه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ما حلف عليه، وقال الشافعي لغو اليمين ما لم تعتقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل في أثناء المحادثة لا والله لا والله مما يجرى على اللسان بالعادة من غير أن يعتد لزومه وهذا القول رواه مالك في الموطأ عن عائشة والقول الأول مروى عن الحسن بن أبي الحسن وقتادة ومجاهد وإبراهيم النخعي وفيه قول ثالث وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال إسماعيل القاضي من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية روى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو أن يحلف الرجل على أن لا يأكل شيئا مباحا له بالشرع ^٢ والسبب في اختلافهم في ذلك هو الاشتراك الذي في اسم اللغو وذلك أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى (واللغو فيه لعنكم تغلبون) وقد يكون الكلام الذي لا تعتقد عليه نية المتكلم به ويدل على أن اللغو في الآية هو هذا إن هذه اليمين هي ضد اليمين المنعقدة وهي المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشيء المضاد والذين قالوا إن اللغو هو الحلف في أغلاق أو الحلف على مالا يوجب الشرع فيه شيئا بحسب ما يستقد في ذلك قوم فأنما ذهبوا إلى أن اللغو ههنا يدل على معنى عرفي في الشرع وهي الإيمان التي بين الشرع في مواضع أخرى سقوط حكمها مثل ما روى أنه : لا إطلاق في أغلاق وما أشبه ذلك لكن الأظهر هما القولان الأولان أعني قول مالك والشافعي .

(الفصل الثالث)

(وفي هذا الفصل أربع مسائل)

(المسئلة الاولى) اختلفوا في الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفا على شيء ماض انه كان فلم يكن وهي التي تعرف باليمين الغموس وذلك اذا نعد الكذب أو على شيء مستقبل انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن . فقال الجمهور ليس في اليمين الغموس كفارة وإنما الكفارة في الايمان التي تكون في المستقبل اذا خالف اليمين الحالف وممن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل، وقال الشافعي وجاعة تجب فيها الكفارة أي تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقطه في غير الغموس . وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب بآثر ذلك أن قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين » الآية توجب أن يكون في اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام : من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب أن اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعي أن يستثنى من الايمان الغموسة مالا يقتطع بها حق الغير وهو الذي ورد فيه النص أو يقول إن الايمان التي يقتطع بها حق الغير قد جمت الظلم والحنث فوجب أن لا تكون الكفارة تهدم الامرين جميعا وليس يمكن فيها أن تهدم الحنث دون الظلم لان رفع الحنث بالكفارة إنما هو من باب التوبة وليس تتبعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب ورجع المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم .

(المسئلة الثانية) واختلف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودي أو نصراني ان فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعي ليس عليه كفارة ولا هذه يمين . وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضا . وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل تجوز اليمين بكل ماله حرمة أم ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تعتقد أم لا فن رأى ان الايمان المنعقدة أعنى التي هي بصيغ القسم إنما هي الايمان الواقعة بالله عز وجل وباسمائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تعتقد بكل ما عظم الشرع حرمة قال فيها الكفارة لان الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم

يجب أن لا يترك التعظيم فكما أن من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه .

(المسئلة الثالثة) واتفق الجمهور في الايمان التي ليست أقساما بشيء وإنما تخرج مخرج الالتزام الواقع بشرط من الشروط مثل أن يقول القائل فإن فعلت كذا فعلت كذا إلى بيت الله أو أن فعلت كذا وكذا فعلاي حر أو امرأتى طالق أنها تلزم في القرب وفيما إذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعق. واختلفوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك إلى أن لا كفارة فيها وأنه ان لم يفعل ما حلف عليه أثم ولا بد، وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وغيرهم إلى أن هذا الجلس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعق، وقال أبو ثور يكفر من حلف بالعق وقول الشافعي مروى عن عائشة : وسبب اختلافهم هل هي يمين أو نذر فمن قال أنها يمين أوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية ومن قال أنها من جنس النذر أي من جنس الاشياء التي نص الشرع على أنه إذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المسالكية لتسميتهم إياها إيمانا لكن لعلمهم أنها سموها إيمانا على طريق التجوز والتوسع والحق أنه ليس يجب أن تسمى بحسب الدلالة اللغوية إيمانا فإن الايمان في لغة العرب لها صيغ مخصوصة وإنما يقع اليمين بالاشياء التي تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة اليمين فاما هل تسمى إيمانا بالعرف الشرعي وهل حكمها حكم الايمان ففيه نظر وذلك أنه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال : كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك) إلى قوله (قد فرض الله لكم تحلة إيمانكم) فظاهر هذا أنه قد سمى بالشرع القول الذي مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الالتزام دون شرط ولا يمين يميناً فيجب أن تحمل على ذلك جميع الاقاويل التي تجري هذا المجرى الا ما خصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطى ان النذر ليس بيمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه ليس يلزم من مثل هذه الاقاويل أغنى الخارجة مخرج الشرط الا ما ألزمه الاجماع من ذلك وذلك أنها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا بإيمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلت كذا إلى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف ما لو قال على المشي إلى بيت الله لان هذا نذر باتفاق وقد قال عليه الصلاة والسلام : من نذر أن يطعم الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه : فبسبب هذا الخلاف في هذه الاقاويل التي تخرج مخرج الشرط هو هل هي إيمان أو نذور أو ليست إيمانا ولا نذورا فتأمل هذا فإنه بين أن شاء الله تعالى .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا على ثلاثة أقوال ، ف قيل انه ليس بيمين وهو أحد قولي الشافعي ، وقيل انها إيمان ضد القول الاول وبه قال أبو حنيفة ، وقيل ان أراد الله بها فهو يمين وان لم يرد الله بها فليست بيمين وهو مذهب مالك ^٢ وسبب اختلافهم هو هل المراعى اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار مفهومه بالعادة أو اعتبار النية فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين إذ لم يكن هنالك نطق بمقسوم به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذوف ولا بد وهو الله تعالى ومن لم يعتبر هذين الأمرين واعتبر النية إذ كان اللفظ صالحا للأمرين فرق في ذلك كما تقدم .

(الجملة الثانية) وهذه الجملة تنقسم أولا قسمين . القسم الاول النظر في الاستثناء والثاني النظر في الكفارات (القسم الاول) وفي هذا القسم فصلان ، الفصل الاول في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين ، الفصل الثاني في تعريف الإيمان التي يؤثر فيها الاستثناء من التي لا تؤثر . ^٣

الفصل الاول

وأجمعوا على أن الاستثناء بالجملة له تأثير في حل الإيمان . واختلفوا في شروط الاستثناء الذي يجب له هذا الحكم بعد أن اجمعوا على انه اذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط أن يكون متناسقا مع اليمين وملفوظا به ومقصودا من أول اليمين انه لا ينعقد معه اليمين . واختلفوا في هذه الثلاثة مواضع أعني اذا فرق الاستثناء من اليمين أونواه ولم ينطق به أو حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وان أتى به متناسقا مع اليمين .

(فأما المسئلة الاولى) وهي اشترط اتصاله بالقسم فان قوما اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك ؛ وقال الشافعي لا بأس بينهما بالسكينة الخفيفة كسكينة الرجل للتذكر أوللتفس أولا نقطاع الصوت ؛ وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء ابدأ على ما ذكر عنه متى ما ذكر وانما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله في الأمر المحلوف على فعله ان كان فعلا أو على تركه ان كان تركا رافع لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين . قال ابو بكر بن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث . وانما اختلفوا هل يؤثر في اليمين اذا لم توصل بها أولا يؤثر لاختلافهم هل الاستثناء حال للانعقاد أم هو مانع له فاذا قلنا أنه مانع للانعقاد لاحال له اشترط لن

يكون متصلا باليمين واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ما حكينا وقد احتج من رأى انه حال بالقرب بما رواه سعد عن سهاك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله لا غزون قريشا قالها ثلاث مرات ثم سكت ثم قال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لامانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالا بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغنى عن الكفارة والذي قالوه بين . وأما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ أى لفظ كان من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو بتقييد المطلق هذا هو المشهور ، وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف الا فقط أى بما يدل عليه لفظ الا وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ أو باللفظ والنية معا مثل الطلاق والعق واليمين وغير ذلك .

(وأما المسئلة الثانية) وهي هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل أيضا في المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين ، وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص أو من مطلق بتقييد فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقا باليمين . وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد أو حال له فان قلنا أنه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية في أول اليمين وان قلنا أنه حال لم يلزم ذلك وقد أنكر عبد الوهاب أن يشترط حدوث النية في أول اليمين للاتفاق وزعم على أن الاستثناء حال ليمين كالکفارة سواء .

﴿ الفصل الثاني من القسم الاول ﴾

وقد اختلفوا في الايمان التي يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التي لا يؤثر فيها فقال مالك وأصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التي تكفر وهي اليمين بالله عندهم أو النذر المطلق على ما سيأتى . وأما الطلاق والعق فلا يخلوا ان يعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق أو العق فقط مثل ان يقول هي طالق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يمينا

وأما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهي طالق ان شاء الله او ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله .

فاما القسم الاول فلا خلاف في المذهب أن المشيئة غير مؤثرة فيه .

وأما القسم الثاني وهو اليمين بالطلاق ففي المذهب فيه قولان أصحهما أنه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح الذي علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال أبو حنيفة والشافعي الاستثناء يؤثر في ذلك كله سواء قرنه بالقول الذي مخرجه مخرج الشرط أو بالقول الذي مخرجه مخرج الخبر وسبب الخلاف ما قلناه من ان الاستثناء هل هو حال أو مانع فإذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تأثير له فيه اذ قد وقع الطلاق أعني اذا قال الرجل لزوجته هي طالق ان شاء الله لان المانع إنما يقوم لما لم يقع وهو المستقبل وان قلنا انه حال للمعقود وجب أن يكون له تأثير في الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية ان الاستثناء في هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا أن يستقدوا ان الاستثناء هو مانع لاحال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله .

﴿ القسم الثاني من الجملة الثانية ﴾

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد . الفصل الاول في موجب الحنث وشروطه وأحكامه . الفصل الثاني في رافع الحنث وهي الكفارات . الفصل الثالث متى ترفع وكفى ترفع .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفقوا على ان موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك إما فعل ماحلف على ألا يفعله وإما ترك ما حلف على فعله اذا علم أنه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله الى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك في اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف لتأكلن هذا الرغيف فيأكله غيره أو الى وقت هو غير الوقت الذي اشترط في وجود الفعل عنه وذلك في الفعل المشروط فعله في زمان محدود مثل أن يقول والله لا فعلن اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة واختلفوا من ذلك في أربعة مواضع . أحدها اذا أتى بالمخالف ناسيا أو مكرها والثاني هل يتعلق موجب اليمين بأقل ما ينطلق عليه الاسم أو بجميعه . والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى المساوي لصيغة اللفظ أو بمفهومه المخصص للصيغة والمعنى لها . والموضع الرابع اليمين على نية الحالف أو المستحلف

(كما المسئلة الاولى) فان مالكا يرى الساهى والمكره بمنزلة العامد والشافعى يرى أن لا حنث على الساهى ولا على المسكره . وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان » ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن امتي الخطأ واللسان وما استكروها عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخص كل واحد منها بصاحبه . وأما الموضع الثانى فمثل ان يحلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه أو انه يفعل شيئاً فلم يفعل بعضه فعند مالك انه اذا حلف ليا كلف هذا الرغيف فاكل بعضه لا يبرأ الا باكله كله واذا قال لا آكل هذا الرغيف انه يحنث ان أكل بعضه وعند الشافعى وأبى حنيفة انه لا يحنث في الوجين جميعاً حملاً على الاخذ باكثر ما يدل عليه الاسم . وأما تفريق مالك بين الفعل والترك فلم يجز في ذلك على أصل واحد لانه أخذ في الترك باقل ما يدل عليه الاسم وأخذ في الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكأنه ذهب الى الاحتياط .

(وأما المسئلة الثالثة) فمثل أن يحلف على شئ بعينه يفهم منه القصد الى معنى أعم من ذلك الشئ الذى لفظ به أو أخص أو يحلف على شئ وينوى به معنى أعم أو أخص أو يكون للشئ الذى حلف عليه اسمان ، أحدهما لغوى ، والآخر عرفي وأحدهما أخص من الآخر وأما اذا حلف على شئ بعينه فانه لا يحنث عند الشافعى وأبى حنيفة الا بالخالفه الواقعة في ذلك الشئ بعينه الذى وقع عليه الحلف وان كان المفهوم منه معنى أعم أو أخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك أيضاً فيما أحسب لا يعتبرون النية المخالفة للفظ وإنما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط . وأما مالك فان المشهور من مذهبه ان المعتبر أولاً عنده في الايمان التى لا يقضى على حالفها بموجبها هو النية فان عدمت فقرينة الحال فان عدمت فعرف اللفظ فان عدم دلالة اللفظ وقيل لا يراعى الا النية أو ظاهر اللفظ اللغوى فقط وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعى العرف . وأما الايمان التى يقضى بها على صاحبها فانه ان جاء الحالف مستفتياً كان حكمه حكم اليمين التى لا يقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الاشياء فيها على هذا الترتيب وان كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها الا اللفظ الا أن يشهد لما يدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال أو العرف .

(وأما المسئلة الرابعة) فانهم اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في الدعاوى واختلفوا في غير ذلك مثل الايمان على المواعيد فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية المستحلف وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اليمين على نية المستحلف

وقال عليه الصلاة والسلام : يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال اليمين على نية الخالف فأنما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ ، وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن هذه المسائل الأربع هي أصول هذا الباب اذ يكاد أن يكون جميع الاختلاف الواقع في هذا الباب راجعا الى الاختلاف في هذه وذلك في الاكثر مثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل رؤسا فأكل رؤس حيتان هل يحنث أم لا فمن راعى العرف قال لا يحنث ومن راعى دلالة اللفظ قال يحنث ومثل اختلافهم فيمن حلف أن لا يأكل لحما فأكل شحما فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقي قال لا يحنث ومن رأى أن اسم الشيء قد ينطلق على ما يتولد منه قال يحنث وبالجمله فاختلافهم في المسائل الفروعية التي في هذا الباب هي راجعة الى اختلافهم في هذه المسائل التي ذكرنا وراجعة الى اختلافهم في دلالات الالفاظ التي يحلف بها وذلك أن منها ما هي بجملة . ومنها ما هي ظاهرة . ومنها ما هي نصوص .

* (الفصل الثاني) *

واتفقوا على أن الكفارة في الايمان هي الاربعة الانواع التي ذكر الله في كتابه في قوله تعالى (فكفارته) الآية وجمهورهم على أن الخالف اذا حنث بخير بين ثلاثة منها أعنى الاطعام ، أو الكسوة ، أو العتق وأنه لا يجوز له الصيام الا اذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) الا ما روى عن ابن عمر انه كان اذا غلظ اليمين أعتق أو كسا واذا لم يغلظها أطعم . واختلفوا من ذلك في سبع مسائل مشهورة .

المسئلة الاولى في مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين . الثانية في جلس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها . الثالثة في اشتراط التابع في صيام الثلاثة الايام أولا اشتراطه . الرابعة في اشتراط العدد في المساكين . الخامسة في اشتراط الاسلام فيهم والحرية . السادسة في اشتراط السلامة في الرقبة المعتقة من العيوب . السابعة في اشتراط الايمان فيها .

(المسئلة الاولى) أما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعي وأهل المدينة يعطى لكل مسكين مدم من حنطة بمقدار النبي صلى الله عليه وسلم الا ان مالك قال المد خاص باهل المدينة فقط لضيق معاشهم وأما سائر المدن فيعطون أ الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم يجرى المد في كل مدينة مثل قول الشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه يعطيهم نصف صاع من حنطة أو صاعا من شعير أو تمر قال فان غداهم وعشائهم أجزاء . والسبب في اختلافهم

في ذلك اختلافهم في تأويل قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) هل المراد بذلك أكلة واحدة أو قوت اليوم وهو غداء وعشاء فمن قال أكلة واحدة قال انه الوسط في الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع ولاختلافهم أيضا سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمدا في رمضان وبين كفارة الاذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مد واحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الجز في ذلك ادم أم لا وان كان فاهو الوسط فيه فقل يجرى الجز قفارا وقال ابن حبيب لا يجرى وقل الوسط من ادم الزيت وقل اللبن والسمن والتمر. واختلف أصحاب مالك من اهل الذين أضاف اليهم الوسط من الطعام في قوله تعالى (من أوسط ما تطعمون أهليكم) فقل اهل المكفر وعلى هذا انما يخرج الوسط من الشيء الذي منه يعيش أن قطنية فقطنية وان حنطة فحنطة وقل بل هم اهل البلد الذي هو فيه وعلى هذا فالمعتبر في اللازم له هو الوسط من عيش اهل البلد لا من عيشه أعني الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعني الوسط من قدر ما يطعم أهله أو الوسط من قدر ما يطعم اهل البلد أهليهم إلا في المدينة خاصة .

(واما المسئلة الثانية) وهي الجزى من الكسوة فان مالكا رأى ان الواجب في ذلك هو أن يكسى ما يجرى فيه الصلاة فان كسا الرجل كسا ثوبا وان كسا النساء كسا ثوبين درعا وحمارا ، وقال الشافعى وأبو حنيفة يجرى في ذلك أقل ما ينطق عليه الاسم ازار أو قميص أو سراويل أو عمامة وقال ابو يوسف لا تجزى العمامة ولا السراويل * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل دلالة الاسم القوى أو المعنى الشرعى .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي اختلافهم في اشتراط تنابع الايام الثلاثة في الصيام فان مالكا والشافعى لم يشترطا في ذلك وجوب التتابع وان كانا استجاء واشترط ذلك أبو حنيفة * وسبب اختلافهم في ذلك شيان ، أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التي ليست في المصحف وذلك ان في قراءة عبد الله بن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات * والسبب الثاني اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل اذ كان الاصل في الصيام الواجب بالشرع إنما هو التتابع .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي اشتراط العدد في المساكين فان مالكا والشافعى قالا لا يجزى به إلا أن يطعم عشرة مساكين وقال ابو حنيفة ان اطعم مسكينا واحدا عشرة أيام أجزأه * والسبب في اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقدّر بالعدد المذكور فان قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط

العدد وان قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزاء من ذلك إطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة.

(وأما المسئلة الخامسة) وهي اشتراط الاسلام والحرية في المساكين فان مالكا والشافعي اشترطا هما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة * وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط أو بالاسلام اذ كان السمع قد أنبأ انه يثاب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الاسلام في المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التي تكون عن تطوع أجاز أن يكونوا غير مسلمين * وأما سبب اختلافهم في العيّد فهو هل يتصور فيهم وجود الفقر أم لا اذ كانوا مكفّين من ساداتهم في غالب الاحوال أو ممن يجب أن يكفوا فمن راعى وجود الفقر فقط قال العيّد والاحرار سواء اذ قد يوجد من العيّد من يجوعه سيده ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العيّد يجب على السيد القيام بهم ويقضى بذلك عليه وان كان معسر أقضى عليه بيعة فليس يحتاجون الى المعونة بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات :

(وأما المسئلة السادسة) وهي هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب فان فقهاء الامصار شرطوا ذلك أعنى العيوب المؤثرة في الايمان وقال أهل الظاهر ليس ذلك من شرطها * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل ما يدل عليه لاسم أو باتم ما يدل عليه .

(وأما المسئلة السابعة) وهي اشتراط الايمان في الرقبة أيضا فان مالكا والشافعي اشترطا ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة * وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على المقيد في الاشياء التي تتفق في الاحكام وتختلف في الاسباب كحكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد في ذلك قال باشتراط الايمان في ذلك حملا على اشتراط ذلك في كفارة الظهار في قوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) ومن قال لا يحمل وجب عنده أن يبقى موجب اللفظ على اطلاقه .

(الفصل الثالث)

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فانهم اختلفوا في ذلك فقال الشافعي اذا كفر بعد الحنث أو قبله فقد ارتفع الاثم وقال أبو حنيفة لا يرتفع الحنث الا بالتكفير الذي يكون بعد الحنث لا قبله وروى عن مالك في ذلك القولان جميعا * وسبب

اختلافهم شيان ، أحدهما اختلاف الرواية في قوله عليه الصلاة والسلام : من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه فإن قوماً رووه هكذا وقوم رووه فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير وظاهر هذه الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية أنها بعد الحنث * والسبب الثاني اختلافهم في هل يجزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لأنه من الظاهر أن الكفارة إنما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل أن يقول إن الكفارة إنما تجب بإرادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق للقي هو هل الكفاوة رافعة للحنث إذا وقع أو مانعة له فمن قال مانعة أجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يجزها إلا بعد وقوعه . وأما تعدد الكفارات بتعدد الأيمان فأنهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على أمور شتى بيمين واحدة إن كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما أحسب لا خلاف بينهم أنه إذا حلف بإيمان شتى على شيء واحد إن الكفارات الواجبة في ذلك بتعدد الأيمان كالحالف إذا حلف بإيمان شتى على أشياء شتى ، واختلفوا إذا حلف على شيء واحد بعينه مراراً كثيرة فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم في كل يمين كفارة إلا أن يريد التأكيّد وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة إلا أن يريد التغليظ * وسبب اختلافهم هل الموجب لتعدد هو تعدد الأيمان بالجلس أو بالعدد فمن قال اختلافها بالعدد قال أسكل يمين كفارة إذا كررت ومن قال اختلافها بالجنس قال في هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا إذا حلف في يمين واحدة بأكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تعدد الكفارات بتعدد الصفات التي تضمنت اليمين أم في ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة في هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم إن أراد الكلام الأول وجاء بذلك على أنه قول واحد فكفارة واحدة إذ كانت يميناً واحدة * والسبب في اختلافهم هل مراعاة الوحدة أو الكثرة في اليمين هو راجع إلى صيغة القول أو إلى تعدد الأشياء التي يشتمل عليها القول الذي يخرج به يمين فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدد ما تضمنته صيغة القول من الأشياء التي يمكن أن يقسم بكل واحد منها على انفراده قال الكفارة متعددة بتعدد هذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف والله المعين برحمته .

❦ كتاب النذور ❦

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول . الفصل الاول في أصناف النذور . الفصل الثاني فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجلة أحكامها . الثالث في معرفة الشيء الذي يلزم عنها وأحكامها .

❦ الفصل الاول ❦

والنذور تنقسم أولاً قسمين قسم من جهة اللفظ وقسم من جهة الاشياء التي تنذر خاماً من جهة اللفظ فانه ضربان . مطلق وهو المخرج مخرج الحبر ، ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين مصرح فيه بالشيء المذكور به وغير مصرح . فالاول مثل قول القائل لله على نذر أن أحج ، والثاني مثل قوله لله على نذر دون أن يصرح بمخرج النذر . والاول ربما صرح فيه بلفظ النذر وربما لم يصرح فيه به مثل أن يقول لله على أن أحج . وأما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل ان كان كذا فعلى الله نذر كذا وأن أفعل كذا وهذا ربما علقه بفعل من أفعال الله مثل أن يقول ان شفى الله مريضى فعلى نذر كذا وكذا وربما علقه بفعل نفسه مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلى نذر كذا وهذا هو الذي يسميه الفقهاء ايمنياً وقد تقدم من قولنا انها ليست بايمان فهذه هي أصناف النذور من جهة الصيغ . وأما أصنافها من جهة الاشياء التي من جنس المعاني المذكور بها فانها تنقسم الى أربعة أقسام نذر باشياء من جنس القرب . ونذر باشياء من جنس المعاصي . ونذر باشياء من جنس المكروهات . ونذر باشياء من جنس المباحات وهذه الاربعة تنقسم قسمين ، نذر بتركها ، ونذر بفعلها

(الفصل الثاني)

وأما ما يلزم من هذه النذور وما لا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق في القرب إلا ما حكى عن بعض أصحاب الشافعي ان النذر المطلق لا يجوز وإنما اتفقوا على لزوم النذر المطلق إذا كان على وجه الرضا لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا إذا لم يصرح . وسواء كان النذر مصرحاً فيه بالشيء المذكور أو كان غير مصرح . وكذلك اجماعوا على لزوم النذر الذي مخرجه مخرج الشرط إذا كان نذراً بقربة وإنما صار والوجوب النذر لعموم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولأن الله تعالى قد مدح به فقال يوفون بالنذر وأخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من

(فضله) الآية الى قوله (بما كانوا يكذبون) * والسبب في اختلافهم في التصريح بلفظ النذر في النذر المطلق هو اختلافهم في هل يجب النذر بالنية واللفظ معاً ، أو بالنية فقط فمن قال بهما معاً اذا قال الله على كذا وكذا ولم يقل نذراً لم يلزمه شيء لانه اخبار بوجوب شيء لم يوجبه الله عليه الا أن يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينقذ النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك أغنى انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم وان كان من مذهبه ان النذر لا يلزم الا بالنية واللفظ لكن رأى أن حذف لفظ النذر من القول غير معتبر اذ كان المقصود بالاقاويل التي مخرجها نخرج النذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه أن يكون من لم يلزم النذر المطلق إنما فعل ذلك من قبل انه حمل الامر بالوفاء على التنبؤ وكذلك من اشترط فيه الرضا قائماً اشترطه لان القرية إنما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي . وأما مالك قالنذر عنده لازم على أي جهة وقع فهذا ما اختلفوا في لزومه من جهة اللفظ . وأما ما اختلفوا في لزومه من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتين .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعي وجهور العلماء ليس يلزمه في ذلك شيء ، وقال أبو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل المعصية * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك أنه روى في هذا الباب حديثان ، أحدهما حديث عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : من نذر أن يعطي الله فليعطه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه فظاهر هذا أنه لا يلزم النذر بالمعصية ، والحديث الثاني حديث عمران بن حصين وحديث أبي هريرة الثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص في معنى اللزوم فمن جمع بينهما في هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لا تلزم وهذا الثاني تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران وأبي هريرة قال ليس يلزم في المعصية شيء ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين أوجب في ذلك كفارة يمين قال أبو عمر بن عبد البر ضعف أهل الحديث حديث عمران وأبي هريرة قالوا لان حديث أبي هريرة يدور على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث حديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وأبوه مجهول لم يرو عنه

غير ابنه وزهير أيضا عنده مناكير ولكنه خرج به مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية أن يحتجوا للمالك في هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما في الشمس فقال : ما بال هذا قالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فامرهم أن يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر أن ترك الكلام معصية وقد أخبر الله أنه نذر مريم وكذلك يشبه أن يكون القيام في الشمس ليس بمعصية إلا ما يتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فإن قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص فالاصل فيه أنه من المباحات .

(المسئلة الثانية) واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئا من المباحة فقال مالك لا يلزم ما عدا الزوجة ، وقال أهل الظاهر ليس في ذلك شيء ، وقال أبو حنيفة في ذلك كفارة يمين وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك » وذلك أن النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعي أعني من تحريم محلل أو تحليل محرم وذلك أن التصرف في هذا إنما هو للشارع فوجب أن يكون لمكان هذا المفهوم أن من حرم على نفسه شيئا أباحه الله له بالشرع أنه لا يلزمه كما لا يلزم إن نذر تحليل شيء حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) إثر العتب على التحريم يوجب أن تكون الكفارة تحلل هذا العقد وإذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الأولى تأولت التحريم المذكور في الآية أنه كان العقد يمين وقد اختلف في الشيء الذي نزلت فيه هذه الآية وفي كتاب مسلم أن ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس أنه قال : إذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة »

(الفصل الثالث)

وأما اختلافهم فيما إذا يلزم في نذر نذر من النذور واحكام ذلك فإن فيه اختلافا كثيرا لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل في ذلك وهي التي تتعلق أكثر ذلك بالنطق الشرعي على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس .

(المسئلة الاولى) اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يمين فيه الناذر شيئا سوى أن يقول لله على نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لا غير ، وقال قوم بل فيه كفارة الظاهر ، وقال قوم أقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب

صيام يوم أو صلاة ركعتين وإنما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر أنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين خرج مسلم. وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين قائما ذهب مذهب من يرى أن المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطلق عليه اسم النذر. وأما من قال فيه كفارة الظهار فخرج عن القياس والسماح.

(المسئلة الثانية) اتفقوا على لزوم النذر بالمشى الى بيت الله أعني إذا نذر المشى راجلا واختلفوا إذا عجز في بعض الطريق فقال قوم لا شيء عليه. وقال قوم عليه واختلفوا فيما إذا عليه على ثلاثة أقوال فذهب أهل المدينة الى أن عليه أن يمشى مرة أخرى من حيث عجز وان شاء ركب وأجزأه وعليه دم وهذا مروى عن علي، وقال أهل مكة عليه هدى دون إعادة مشى، وقال مالك عليه الأمران جميعا يعني أنه يرجع فيمشى من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده بدنة أو بقرة أو شاة إن لم يجد بقرة أو بدنة. وسبب اختلافهم منازعة الأصول لهذه المسئلة ومخالفة الأثر لها وذلك أن من شبه العاجز إذا مشى مرة ثانية بالمتمتع والقارن من أجل أن القارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين قال يجب عليه هدى القارن أو المتمتع ومن شبه بسائر الأفعال التي تنوب عنها في الحج إرافة الدم قال فيه دم ومن أخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال إذا عجز فلا شيء عليه قال أبو عمر والسنن الواردة الثابتة في هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال واحدها حديث عقبة ابن عامر الجهني قال: نذرت أختي أن تمشى الى بيت الله عز وجل فامررتي أن أستقي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستقيت لها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لتمش وتركب خرج مسلم وحديث أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين ابنتيه فسألهم عنه فقالوا نذرا أن يمشى فقال عليه الصلاة والسلام: إن الله لغني عن تعذيب هذا نفسه وأمره أن يركب وهذا أيضا ثابت.

(المسئلة الثالثة) اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشى في حج أو عمرة فيمن نذر أن يمشى الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو الى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشى، وقال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وحيث صلى أجزأه وكذلك عنده أن نذر الصلاة في المسجد الحرام وإنما وجب عنده المشى بالنذر الى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال أبو يوسف صاحبه من نذر أن يصلي في بيت المقدس أو في مسجد النبي عليه الصلاة والسلام لزمه وأن صلى في البيت الحرام أجزأه عن ذلك وأكثر الناس على أن النذر

إلا سوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله عليه الصلاة والسلام : لا تخرج
المطى إلا لثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس
إلى أن النذر إلى المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في
ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التي نذرت أن تمشي إلا لمسجد قباء فماتت
أن يمشي عنها وسبب اختلافهم في النذر إلى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى
الذي إليه تسرج المطى إلى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع صلاة الفرض فيما
عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض
عنده لا يندراذ كان واجبا بالشرع قال النذربالمشي إلى هذين المسجدين غير لازم ومن
كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب أو أنه أيضا قد يقصد هذان المسجدان لموضع
صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام : صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف
صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب
لكن أبو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيراً إلى الجمع بينه وبين قوله عليه
الصلاة والسلام صلاة أحدم في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا إلا المكتوبة
والا وقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هي أن تكون من الباب الثاني
أحق أن تكون من هذا الباب .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحر ابنه في مقام
إبراهيم فقال مالك ينحر جزوراً فداه له وقال أبو حنيفة ينحر شاة وهو أيضا مروي
عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الأبل وقال بعضهم يهدي دينه وروى
ذلك عن علي وقال بعضهم بل يحجج به وبه قال الليث ، وقال أبو يوسف والشافعي
لا شيء عليه لانه نذر معصية ولا نذر في معصية . وسبب اختلافهم قصة إبراهيم
عليه الصلاة والسلام أعنى هل ماتقرب به إبراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بل لازم
فمن رأى أن ذلك شرع خص به إبراهيم قال لا يلزم النذر ومن رأى أنه لازم لنا
قال النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن ينطرق إلى هذا
خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل أنه كان خاصاً بإبراهيم ولم يكن شرعاً لاهل
زمانه وعلى هذا فليس يلزم أن يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع والذين قالوا
أنه شرع إنما اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم أيضا في هل يحمل
الواجب في ذلك على الواجب على إبراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الإسلامية
وذلك إما صدقة بدينه وإما حجج به وإما هدى بدنة وأما الذين قالوا مائة من الأبل
فذهبوا إلى حديث عبد المطلب .

(المسئلة الخامسة) واتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل من سبل البر أنه يلزمه وأنه ليس تزفحه الكفارة وذلك اذا كان نذرا على جهة الخبر لا على جهة الشرط وهو الذي يسمونه يمينا، واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول مالي للمساكين ان فعلت كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك في النذور التي صيغها هذه الصيغة أعنى انه لا كفارة فيه ، وقال قوم الواجب في ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعي في النذور التي مخرجها مخرج الشرط لانه ألحقها بحكم الايمان وأما مالك فألحقها بحكم النذور على ما تقدم من قولنا في كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذي اعتقدوه اختلفوا في الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم النخعي وزفر وقال أبو حنيفة يخرج جميع الاموال التي تجب الزكاة فيها وقال بعضهم ان يخرج مثل زكاة ماله أجزاء وفي المسألة قول خامس وهو ان كان المال كثيرا أخرج خمسة وان كان وسطا أخرج سبعة وان كان يسيرا أخرج عشرة وحده هؤلاء الكثير بالفين والوسط بالف والقليل بخمسمائة وذلك مروي عن قتادة والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعنى من قال المال كله أو ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب للأثر وذلك أن ما جاء في حديث أبي لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث هو نص في مذهب مالك . وأما الاصل فيوجب أن اللازم له انما هو جميع ماله حملا على سائر النذر أعنى انه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناءها النص الا أن مالكا لم يلزم في هذه المسئلة أصله وذلك أنه قال ان حلف أو نذر شيئا معينا لزمه وان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزءا من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما رواه في حديث أبي لبابة وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي جاء بمثل بيضة من ذهب فقال أصبت هذا من معدن فخذها فهي صدقة ما أملك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخذفه بها فلو أصابه لا وجهه وقال عليه الصلاة والسلام : يا أي أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في انه لا يلزم المال المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكا لم تصح عنده هذه الآثار . وأما سائر الاقاويل التي قيلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حد في ذلك غير

ثالث وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ كتاب الضحايا ﴾

وهذا الكتاب في أصوله أربعة أبواب . الباب الاول في حكم الضحايا ومن المخاطب بها ، الباب الثاني في أنواع الضحايا وصفاتها وأسمائها وعددها ، الباب الثالث في أحكام الذبح ، الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا .

* (الباب الاول) *

اختلف العلماء في الاضحية هل هي واجبة أم هي سنة فذهب مالك والشافعي الى ثنائها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج في تركها بمنى ولم يفرق الشافعي في ذلك بين الحاج وغيره ، وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الأمصار الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه أصحابه أبو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة حروى عن مالك مثل قول أبي حنيفة * وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما هل فعله عليه الصلاة والسلام في ذلك محمول على الوجوب أو على الندب وذلك انه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيما روى عنه حتى في السفر على ما جاء في حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أضحيته ثم قال أبو ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم أزل أطمعه منها حتى قدم المدينة ثم والسبب الثاني اختلافهم في مفهوم الاحاديث الواردة في أحكام الضحايا وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أم سلمة انه قال اذا دخل العشر فاراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره شيئا ولا من أظفاره قالوا فقلوه اذا أراد أحدكم أن يضحي فيه دليل على ان الضحية ليست بواجبة ولما أمر عليه الصلاة والسلام لابي بردة باعادة أضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس ان لا وجوب قال عكرمة بن بشير ابن عباس بدرهمين اشترى بهما له لحما وقال من لقيت فقل له هذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال انه ضحي بديك وكل حديث ليس بوارد في الغرض الذي يحتاج به فيه فالاحتجاج به ضعيف . واختلفوا هل يلزم الذي يريد التضحية أن لا يأخذ في العشر الاول من شعره وأظفاره والحديث بذلك .

﴿ الباب الثاني ﴾

وفي هذا الباب أربع مسائل مشهورة ، أحداها في تمييز الجنس ، والثانية في تمييز الصفات ، والثالثة في معرفة السن ، والرابعة في العدد .

(المسئلة الاولى) أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام ، واختلفوا في الافضل من ذلك فذهب مالك الى ان الافضل في الضحايا الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الامر عنده في الهدايا وقد قيل عنه الابل ثم البقر ثم الكباش ، وذهب الشافعي الى عكس ما ذهب اليه مالك في الضحايا الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال اشهب وابن شعبان . وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل وذلك انه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه ضحى الا بكباش فكان ذلك دليلا على ان الكباش في الضحايا افضل وذلك فيما ذكره بعض الناس وفي البخاري عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى . وأما القياس فلان الضحايا قريبة بحيوان فوجب ان يكون الافضل فيها الافضل في الهدايا وقد احتج الشافعي لمذهبه بموم قوله عليه الصلاة والسلام : من راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً الحديث فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان . وأما مالك فحمله على الهدايا فقط لثلا يعارض الفعل القول وهو الاولى وقد يمكن أن يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذي فدى به ابراهيم سنة باقية الى اليوم وانها الاضحية وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه في الآخرين فمن ذهب الى هذا قال الكباش افضل ومن رأى ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على ان الكباش افضل مع انه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالامرئين جميعا واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعي وكلهم مجمعون على انه لا تجوز الضحية بغير بهيمة الانعام الا ما حكى عن الحسن بن صالح انه قد تجوز التضحية ببقرة الوحش عن سبعة والطبي عن واحد .

(المسئلة الثانية) أجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها في الضحايا والمريضة البين مرضها والمعجفاء التي لا تنقي (١) مصدراً لحديث البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال أربع وكان البراء يشير بيده ويقول يدي أقصر من يدر رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والمعجفاء التي لا تنقي وكذلك أجمعوا على ان ما كان

(١) المعجفاء التي لا تنقي أي التي لا منع في عظمها.

من هذه الاربعة خفيفاً فلا تأثير له في منع الاجزاء . واختلفوا في موضعين ، أحدهما فيما كان من العيوب أشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى وكسر الساق ، والثاني فيما كان مساوياً لها في افادة النقص وشيها أعنى ما كان من العيوب في الاذن واليمين والجنب والضررس وغير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيراً . فاما الموضع الاول فان الجمهور على ان ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهي أخرى أن تمنع الاجزاء وذهب أهل الظاهر الى أنه لا تمنع الاجزاء ولا يتجنب بالجملة أكثر من هذه العيوب التي وقع النص عليها . وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص أريد به الخصوص أو خاص أريد به العموم فمن قال أريد به الخصوص ولذلك أخبر بالعدد قال لا يمنع الاجزاء الا هذه الاربعة فقط ومن قال هو خاص أريد به العموم وذلك من النوع الذي يقع فيه التنبيه بالادنى على الاعلى قال ما هو أشد من المنصوص عليها فهي أخرى أن لا يجزى . وأما الموضع الثاني أعنى ما كان من العيوب في سائر الاعضاء مفيداً للنقص على نحو افادة هذه العيوب المنصوص عليها فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها انها يمنع الاجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك في الكتب المشهورة والقول الثاني انها لا تمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من أصحاب مالك ، والقول الثالث انها لا تمنع الاجزاء ولا يستحب تجنبها وهو قول أهل الظاهر . وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما اختلافهم في مفهوم الحديث المتقدم ، والثاني تعارض الآثار في هذا الباب . أما الحديث المتقدم فمن رآه من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يمنع ما سوى ربع مما هو مساو لها أو أكثر منها . وأما من رآه من باب الخاص أريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده انه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لا من باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق بهذه الاربعة ما كان أشد منها ولا يلحق بهما ما كان مساوياً لها في منع الاجزاء الاعلى وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الامرين جميعاً أعنى على ما هو أشد من المنطوق به أو مساو له قال تمنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها الاجزاء كما يمنع العيوب التي هي أكبر منها فهذا هو أحد أسباب الخلاف في هذه المسئلة وهو من قبل تردد اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فأى عام هو هل الذي هو أكثر من ذلك أو الذي هو أكثر والمساوى معاً على المشهور من مذهب مالك . وأما السبب الثاني فانه ورد في هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائي عن أبي بردة أنه قال يا رسول الله أكره النقص يكون في القرن .

والاذن له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما كرهته فدعه ولا تحرمه على غيرك وذكر على ابن أبي طالب قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا يضحى بشرقاه ولا خرقاه ولا مدابرة ولا بتراء والشرقاء المشقوقة الاذن والخرقاء المتقوبة الاذن والمدابرة التي قطع من جنبتي أذنها من خلف فمن رجح حديث أبي بردة قال لا يتقى الا الصيوب الاربع أو ما هو أشد منها ومن جمع بين الحديثين بأن حمل حديث أبي بردة على السير الذي هو غيرين وحديث على الكثير الذي هو بين الحق بحكم المنصوص عليهما ما هو مساوئها ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبمضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر في ذهاب الاسنان واطباء الشدى وأما القرن فان مالكاً قال ليس ذهاب جزء منه عيباً الا أن يكون يدمى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف في أن المرض البين يمنع الاجزاء وخريج أبو داود ان النبي عليه الصلاة والسلام : نهى عن أعصاب الاذن والقرن . واختلفوا في الصكاء وهي التي خلقت بلا اذنين فذهب مالك والشافعي الى انها لا تجوز وذهب أبو حنيفة الى انه اذا كان خلقه جاز كالاجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله أو أكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ما قدمنا واختلفوا في الابر فقوم أجازوه لحديث جابر الجعفي عن محمد بن قرظة عن أبي سعيد الخدري انه قال اشتريت كبشاً لاضحى به فاكل الذئب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح به وجابر عند أكثر المحدثين لا يحتج به وقوم ايضا منعهو لحديث على المتقدم :

(وأما المسئلة الثالثة) وهي معرفة السن المشترطة في الضحايا فانهم أجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المزبل التي فما فوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لا بى بردة لما امره بالاعادة : يجزئك ولا يجزى جذع عن أحد غيرك . واختلفوا في الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل التي من الضأن ممن وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الا مسنة الا أن يصير عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خرجه مسلم والعموم هو ما جاء في حديث أبي بردة بن نيار خرجه من قوله عليه الصلاة والسلام : ولا تجزى جذعة عن أحد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب أبي محمد بن حزم في هذه المسئلة لانه زعم ان أبا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم هو من ليس تجرى النعمة من قوله مجرى المسند لتسامحه في ذلك وحديث أبي بردة لا مطمئن فيه . وأما من ذهب الى بناء الحاص على العام على ما هو المشهور عند جمهور الاصوليين

فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضان المنصوص عليها وهو الاول وقد صحح هذا الحديث أبو بكر بن صفور (١) وخطأ أبو محمد بن حزم فيما نسب الى أبي الزبير في غالب ظني في قول له رد فيه على ابن حزم .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي عدد ما يجزى من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البدنة مضحياً عن نفسه وعن أهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا وأجاز الشافعي وأبو حنيفة وجماعة أن ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحياً أو مهدياً أو أجمعوا على أن الكبش لا يجزى إلا عن واحد إلا ما رواه مالك من أنه يجزى أن يذبحه الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لا على جهة الشركة بل إذا اشتراه منفرداً وذلك لما روى عن عائشة أنها قالت : كنا يعني فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ما هو فقالوا ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وخالفه في ذلك أبو حنيفة والثوري علي وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء . وسبب اختلافهم معارضة الأصل في ذلك للقياس المبني على الإثر الوارد في الهدايا وذلك أن الأصل هو أن لا يجزى إلا واحد عن واحد بوقدك اتفقوا على منع الاشتراك في الضأن وإنما قلنا أن الأصل هو أن لا يجزى إلا واحد عن واحد لأن الأمر بالتضحية لا يتبعض إذ كان من كان له شرك في ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح إلا أن قام الدليل الشرعي على ذلك . وأما الإثر الذي غنينا عليه القياس الممارض لهذا الأصل فيما روى عن جابر أنه قال . نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبع وفي بعض روايات الحديث : من رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة فقياس الشافعي وأبو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا . وأما مالك فرجح الأصل على القياس المبني على هذا الإثر لأنه اعتل لحديث جابر بأن ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدي المحصر بعد ليس هو عنده واجباً وإنما هو تطوع وهدي التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك في الهدى الواجب لكن على القول بأن الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم أنه لا يجوز الاشتراك لا في هدى تطوع ولا في هدى وجوب وهذا كانه رد للحديث لمكان مخالفته للأصل في ذلك وأجمعوا على أنه لا يجوز أن يشترك في النسك أكثر من سبعة وإن كان قد روى من حديث رافع بن خديج ومن طريقين عباس وغيره البدنة عن عشرة وقال الطحاوي واجماعهم على أنه لا يجوز أن

(١) هكذا بالأصل وليحذر

يشارك في النسك أكثر من سبعة دليل على أن الآثار في ذلك غير صحيحة وإنما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته في أضحيته أو هديته لما رواه عن ابن شهاب أنه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته إلا بدنة واحدة أو بقرة واحدة وإنما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى أعني في التشريك لأن الإجماع انعقد على منع التشريك فيه في الأجانب فوجب أن يكون الأقارب في ذلك في قياس الأجانب وإنما فرق مالك في ذلك بين الأجانب والأقارب لقياس الضحايا على الهدايا في الحديث الذي احتج به أعني حديث ابن شهاب فاختلافهم في هذه المسئلة إذا راجع إلى تعارض الأقيسة في هذا الباب أعني أما الحاق الأقارب بالأجانب وأما قياس الضحايا على الهدايا .

الباب الثالث

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر في الوقت والذبح أما الوقت فانهم اختلفوا فيه في ثلاثة مواضع في ابتدائه وفي انتهائه وفي الليالي المتحللة له . فاما في ابتدائه فانهم اتفقوا على أن الذبح قبل الصلاة لا يجوز لتبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من ذبح قبل الصلاة فأنما هي شاة لحم وأمره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله : أول ما يبدأ به في يومنا هذا هو أن نصلي ثم ننحر إلى غير ذلك من الآثار الثابتة التي في هذا المعنى . واختلفوا فيمن ذبح قبل ذبح الإمام وبعد الصلاة فذهب مالك إلى أنه لا يجوز لأحد ذبح أضحيته قبل ذبح الإمام وقال أبو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الإمام * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه جاء في بعضها أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر لمن ذبح قبل الصلاة أن يعيد الذبح وفي بعضها أنه أمر لمن ذبح قبل ذبحه أن يعيد خراج هذا الحديث الذي فيه هذا المعنى مسلم فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الإمام في جواز الذبح ومن جعل ذلك موطناً واحداً قال إنما يعتبر في أجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية في حديث أبي بردة بن نيار وذلك أن في بعض رواياته أنه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعيد الذبح وفي بعضها أنه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالاعادة وإذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوي أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد أولى وذلك أن من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب أن يكون المؤثر في عدم الأجزاء إنما هو الذبح قبل الصلاة

كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث أنس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يجرى لانه لو كان هنالك شرط آخر - يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر : من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من أهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح أقرب الأئمة اليهم وقال الشافعي يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون ، وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر أجزاء وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام في المصلى فقال قوم يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك . وأما آخر زمان الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس فليذبح عنده هو في الايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وبه قال أبو حنيفة وأحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده وروى عن جماعة أنهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاذ لا دليل عليه وهل هذه الاقاويل مروية عن السلف ؟ وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما اختلافهم في الايام المعلومات ما هي في قوله تعالى (ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام) فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول من ذى الحجة ثم والسبب الثاني معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : كل فجاج مكة منحرو كل أيام التشريق ذبح فمن قال في الايام المعلومات إنها يوم النحر ويومان بعده في هذه الآية ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لانحر الا في هذه الايام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لا معارضة بينهما اذا الحديث اقتضى حكما زائدا على ما في الآية مع ان الآية ليس المقصود منها تحديد أيام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذ كان باتفاق من أيام التشريق ولا خلاف بينهم ان الايام المحدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة بعد يوم النحر الا ما روى عن سعيد بن جبير أنه قال يوم النحر من أيام التشريق وانما اختلفوا في الايام المعلومات على القولين المتقدمين . وأما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هي العشر الاول قال واذا كان الاجماع قد

انمقد انه لا يجوز الذبح منها الا في اليوم العاشر وهي محل الذبح المنصوص عليها فواجب أن يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط .

(واما المسئلة الثالثة) وهي اختلافهم في الليالي التي تتخلل أيام النحر فذهب مالك في المشهور عنه الى أنه لا يجوز الذبح في ليالي أيام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي وجماعة الى جواز ذلك بسبب اختلافهم الاشتراك الذي في اسم اليوم وذلك ان مرة يطلق العرب على النهار واليلة مثل قوله تعالى « فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام » ومرة يطلقه على الايام دون الليالي مثل قوله تعالى (سخرها عليهم سبع ليل وثمانية أيام حسوما) فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار في قوله تعالى (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات) قال يجوز الذبح بالليل والنهار في هذه الايام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر في أحدهما من الثاني ويشبه أن يقال أنه أظهر في النهار منه في الليل لكن ان سلمنا أن دلالة الآية هي على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل الا بنحو ضعيف من ايجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى أنهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين الا الدقاق فقط الا أن يقول قائل ان الاصل هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل . وأما الذبح فان العلماء استحبوا ان يكون المضحي هو الذي يلي ذبح أضحيته بيده وانفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح . واختلفوا هل تجوز الضحية ان ذبحها غيره بغير اذنه فقل لا تجوز وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا أو ولدا أو أجنبيا أعني أنه يجوز ان كان صديقا أو ولدا ولم يختلف المذهب فيما احسب انه ان كان أجنبيا انها لا تجوز .

(الباب الرابع في احكام لحوم الضحايا)

وانفقوا على أن المضحي مأموران يأكل من لحم أضحيته ويتصدق لقوله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وقوله تعالى (واطعموا القانع والمغر) ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا: كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالاكل والصدقة معا أم هو مخير بين أن يفعل أحد الأمرين فقال مالك ليس له ان يفعل أحد الأمرين أعني ان يأكل الكل أو يتصدق بالكل وقال ابن الموازله أن يفعل أحد الأمرين واستحب كثير من العلماء أن يقسمها ثلثا ثلثا للادخار وثلثا للصدقة وثلثا للاكل لقوله عليه الصلاة والسلام : فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب

في الاكل انه ليس بواجب في المذهب خلافا لقوم أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا الى الاقسام الثلاثة التي يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت انه لا يجوز بيع لحمها واختلفوا في جلدتها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال أبو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير أى بالمعروض وقال عطاء يجوز بكل شيء دراهم ودنانير وغير ذلك وإنما فرق أبو حنيفة بين الدراهم وغيرها لانه رأى ان المعاوضة بالمعروض هي من باب الانتفاع لاجتماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب والحمد لله .

كتاب الذبائح

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة محل الذبيح والنحر وهو المذبوح أو المنحور ، الباب الثاني في معرفة الذبيح والنحر الباب الثالث في معرفة الآلة التي بها يكون الذبيح والنحر . الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة ؛ الباب الخامس في معرفة الذبيح والنحر ، والاصول هي الاربعة والشروط يمكن ان تدخل في الاربعة الابواب ، والاسهل في التعليم ان يجعل بابا على حدته .

الباب الاول

والحيوان في اشتراط الذكاة في أكله على قسمين ، حيوان لا يحل إلا بالذكاة وحيوان يحل بغير ذكاة وهن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على أن الحيوان الذي يعمل فيه الذبيح هو الحيوان البري ذو الدم الذي ليس بمحرم ولا منفوذ المقاتل ولا ميؤس منه بوقد أو نطح أو ترداً واقتراس سبع أو مرض وان الحيوان البحري ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا في الحيوان الذي ليس يدمى مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة أم لا وفي الحيوان الدمى الذي يكون تارة في البحر وتارة في البر مثل السلحفات وغيره واختلفوا في تأثير الذكاة في الاصناف التي نص عليها في آية التحريم وفي تأثير الذكاة فيما لا يحل أكله أعني في تحليل الانتفاع بجلودها وساب النجاسة عنها في هذا الباب اذا ستمسائل أصول .

المسئلة الاولى في تأثير الذكاة في الاصناف الخمسة التي نص عليها في الآية اذا أدركت حية . المسئلة الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الاكل ، المسئلة الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة ، المسئلة الرابعة في هل ذكاة الجبين ذكاة أمه أم لا ، المسئلة الخامسة

هل للجراد ذكاة أم لا ، المسئلة السادسة هل للحيوان الذى يأوى في البر تارة وفي البحر تارة ذكاة أم لا .

(المسئلة الاولى) أما المنخقة والموقوذة والتردية والنطيحة وما أكل السبع قائم انفقوا فيما أعلم انه اذا لم يبلغ الحلق منها أو الوقذ منها الى حالة لا يرجح فيها ان الذكاة عاملة فيها أعنى انه اذا غلب على الظن انها تعيش وذلك بان لا يصاب لها مقل واختلفوا اذا غلب على الظن انها من ذلك باصابة مقل أو غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب أبى حنيفة والمشهور من قول الشافعى وهو قول الزهرى وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجهان ولكن الأشهر أنها لا تعمل في الميؤس منها وبعضهم تأول في المذهب أن الميؤس منها على ضربين : ميؤسة مشكوك فيها ، وميؤسة مقطوع بعوتها وهى المنفوقة المقاتل على اختلاف بينهم أيضا في المقاتل قال فاما الميؤسة المشكوك فيها ففي المذهب فيها روايتان مشهورتان وأما المنفوقة المقاتل فلا خلاف في المذهب المنقول ان الذكاة لا تعمل فيها وان كان يخرج فيها الجواز على وجه ضعيف بسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (إلا ما ذكيتم) هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ وهو المنخقة والموقوذة والتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منفصل لا تأثير له في الجملة المتقدمة اذا كان هذا أيضا شأن الاستثناء المنقطع في كلام العرب فمن قال انه متصل قال الذكاة تعمل في هذه الاصناف الخمسة . وأما من قال الاستثناء منفصل فانه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل في المرجو منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تأثير فيها فممتصل وقد احتج أيضا من رأى انه منفصل بان التحريم لم يتعلق باعيان هذه الاصناف الخمسة وهى حية وإنما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك أن معنى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) إنما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقوذة والتردية والنطيحة وسائرها أى لحم الميتة بهذه الاسباب سوى التى تموت من تلقاء نفسها وهى التى تسمى ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلما علم أن المقصود لم يكن تعليق التحريم باعيان هذه وهى حية وإنما علق بها بعد الموت لان لحم الحيوان محرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة وجب أن يكون قوله إلا ما ذكيتم استثناء منفصلا لكن الحق في ذلك أن كيف ما كان الامر في الاستثناء فواجب أن تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الآية بعد الموت وجب أن تدخل في الذكاة من جهة ما هى

حياة الاصناف الخمسة وغيرها لانها ما دامت حية مساوية لغيرها لذلك من الحيوانات
أعني انها تقبل الحلية من قبل التذكية التي الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء
متصل فلا خفاء بوجوب ذلك ويحتمل أن يقال ان عموم التحريم يمكن أن يفهم منه
تناول أعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال في التحرير الذي لا تعمل فيه الذكاة
فيكون الاستثناء على هذا رافعا لتحريم أعيانها بالتصيص على عمل الذكاة فيها وإذا
كان ذلك كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء
منفصلا . وأما من فرق بين المنفوعة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل أن يقال أن
مذهبه أن الاستثناء منفصل وانه إنما جاز تأثير الذكاة في المرجوة بالاجماع وقاس
المشكوك على المرجوة ويحتمل أن يقال ان الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا المصنف
من الموقوفة بالقياس وذلك ان الذكاة إنما يجب ان تعمل في حين يقطع انها سبب
الموت فاما اذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح أو سائرها فلا
يجب ان تعمل في ذلك وهذه هي حال المنفوعة المقاتل وله أن يقول ان المنفوعة المقاتل
في حكم الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الزاهية .

(المسئلة الثانية) وأما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمات الاكل حتى تظهر
بذلك جلودها فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرها
ماعدا الخنزير وبه قال أبو حنيفة الا انه اختلف المذهب في كون السباع فيه محرمة أو
مكروهة على ما سيأتى في كتاب الاطعمة والاشربة ، وقال الشافعي الذكاة تعمل في
كل حيوان محرم الاكل فيجوز بيع جميع أجزائه والانتفاع بها ماعدا اللحم . وسبب
الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم في الحلية والحرمة أم ليست بتابعة للحم فمن
قال انها تابعة للحم قال اذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رأى أنها
ليست بتابعة قال وان لم تعمل في اللحم فانها تعمل في سائر اجزاء الحيوان لان الاصل
انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليل المحرم للحم عملها في اللحم بقي عملها في
سائر الاجزاء الا ان يدل الدليل على ارتفاعه .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا في تأثير الذكاة في البهيمة التي أشرفت على الموت من شدة
المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على ان الذكاة تعمل
فيها وهو المشهور عن مالك وروى عنه أن الذكاة لا تعمل فيها . وسبب الخلاف معارضة
القياس للاثر فاما الاثر فهو ما روى أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فاصيبت
شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه
البخارى ومسلم . وأما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها إنما تفعل في الحي وهذه في حكم

الميت وكل من أجاز ذبحها فانهم انفقوا على أنه لا تعمل الزكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على الحياة. واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاوّل مذهب أبي هريرة والثاني مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف العين وتحريك الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو الذي اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه النفس وهو مذهب ابن حبيب.

(المسألة الرابعة) واختلفوا هل تعمل زكاة الام في جنينها أم ليس تعمل فيه وانما هو ميتة أعنى اذا خرج منها بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء الى أن زكاة الام زكاة لجنينها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة ان خرج حياً ذبح وأكل وان خرج ميتاً فهو ميتة والذين قالوا ان زكاة الام زكاة له بعضهم اشترط في ذلك تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم قال لم يشترط ذلك وبه قال الشافعي * وسبب اختلافهم اختلافهم في صحة الاثر المروى في ذلك من حديث ابي سعيد الخدري مع مخالفته للاصول وحديث ابي سعيد هو قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينحرها أحدنا فنجد في بطنها جنيناً أنا كله أم نلقيه فقال : كلوه ان شئتم فان ذكاته زكاة أمه وخرج مثله الترمذي وأبو داود عن جابر. واختلفوا في تصحيح هذا الاثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحد من صححه الترمذي وأما مخالفة الاصل في هذا الباب للاثر فهو ان الجنين اذا كان حياً ثم مات بموت أمه فانما يموت خنقاً فهو المنخقة التي ورد النص بتحريمها والى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث وأما اختلاف القائلين بحليته في اشتراطهم نبات الشعر فيه أولاً اشتراطه * فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك أن عموم قوله عليه السلام : زكاة الجنين زكاة أمه يقتضى ان لا يقع هناك تفصيل وكونه محلاً للزكاة يقتضى أن يشترط فيه الحياة قياساً على الاشياء التي تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبت شعره ونم خلقه ويعضد هذا القياس ان هذا الشرط مروى عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا أضر الجنين فذكاته زكاة أمه وروى ابن المبارك عن ابن أبي ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : زكاة الجنين زكاة أمه أشعر أو لم يشعر لا أن ابن أبي ليلى سي الحفظ عندهم والقياس يقتضى أن تكون ذكاته في زكاة أمه من قبل أنه جزء منها واذا كان ذلك كذلك فلا معنى

لاشترط الحياة فيه فيضف أن يخصص العموم لوارد في ذلك بالقياس الذي تقدم ذكره عن أصحاب مالك .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو أن يقتل إما بقطع رأسه أو غير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز أكل ميتته وبه قال مطرف وذكاة ما ليس بذى دم عند مالك كذكاة الجراد . وسبب اختلافهم في ميتة الجراد هو هل يتناوله اسم الميتة أم لا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وللخلاف سبب آخر وهو هل هو نثره حوت أو حيوان برى .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الذي يتصرف في البر والبحر هل يحتاج الى ذكاة أم لا فغلب قوم فيه حكم البر وغاب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالباً .

الباب الثانى فى الذكاة

وفى قواعد هذا الباب مسئلتان المسئلة الاولى فى أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام ، الثانية فى صفة الذكاة .

(المسئلة الاولى) واتفقوا على أن الذكاة فى بهيمة الانعام نحر وذبح وأن من سنة الغنم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يجوز فيها الذبح والنحر . واختلفوا هل يجوز النحر فى الغنم والطير والذبح فى الابل فذهب مالك الى انه لا يجوز النحر فى الغنم والطير ولا الذبح فى الابل وذلك فى غير موضع الضرورة ، وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة العلماء ، وقال أشهب ان نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر أكل ولكنه يكره ، وفرق ابن بكير بين الغنم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا فى جواز ذلك فى موضع الضرورة . وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم . فاما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام : ما أنهر السم وذكر اسم الله عليه فكلوا وأما الفعل فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نحر الابل والبقر وذبح الغنم وإنما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى فى الكباش (وفديناه بذبح عظيم)

(المسئلة الثانية) وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذي يقطع فيه الودجان والمرىء والحلقوم مسيح للاكل واختلفوا من ذلك في مواضع ، أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها أو بعضها وهل الواجب في المقطوع منها قطع الكل أو الاكثر أو هل من شرط القطع ان لا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من جهة العنق جاز أكلها أم لا وهل ان تمسدى في قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى يتم الذكاة أم لا فهذه ست مسائل في عدد المقطوع وفي مقداره وفي موضعه وفي نهاية القطع وفي جهته أعنى من قدام أو خلف وفي صفته .

(أما المسئلة الاولى) قال المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وانه لا يجزى أقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب في ان الشرط في قطع الودجين هو استيفائهما . واختلف في قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقيل كله وقيل أكثره . وأما أبو حنيفة فقال الواجب في التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة اما الحلقوم والودجان وإما المرىء والحلقوم واحد الودجين أو المرىء والودجان ، وقال الشافعى الواجب قطع المرىء والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع أكثر كل واحد من الاربعة * وسبب اختلافهم انه لم يأت في ذلك شرط منقول وإنما جاء في ذلك أثران ، أحدهما يقتضى انهار الدم فقط ، والاخر يقتضى قطع الوداج مع انهار الدم ففي حديث رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : ما نهر الدم وذكر اسم الله عليه فمكّل وهو حديث متفق على صحته وروى عن أبي امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ما فرى الوداج فكلوا ما لم يكن رض ناب أو نخر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضى قطع بعض الوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفي الثانى قطع جميع الوداج فالحديثان واقعه أعلم متفقان على قطع الودجين إما أحدهما أو البعض من كليهما أو من واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين أن يفهم من لام التعريف في قوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف في كلام العرب قد تدل على البعض . وأما من اشترط قطع الحلقوم أو المرىء فليس له حجة من السماع وأكثر من ذلك من اشترط المرىء والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ما وقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطاً في التحليل ولم يكن في ذلك نص فيما يجرى وجب ان يكون الواجب في ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جوازه الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه

ليس يلزم ان يكون شرطاً في الصحة .

(وأما المسئلة الثالثة) في موضع القطع وهي ان لم يقطع الجوزة في نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه في المذهب فقال مالك والثوري والقاسم لا يؤكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل * وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط في الذكاة أو ليس بشرط فمن قال انه شرط قال لا بد ان يقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليماً ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي ان قطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم وأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وإسحق وأبو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلى وعمران بن الحصين * وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوعة المقاتل أم لا تعمل وذلك ان القاطع لأعضاء الذكاة من القفا لا يصل اليها بالقطع الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل وترد الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة .

(المسئلة الخامسة) وهي أن يمتدى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع ولم ينقطع النخاع من أول الامر لانه ان نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال طريف وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها متعمدا دون جهل وتؤكل ان قطعها ساهيا أو جاهلا .

(وأما المسئلة السادسة) وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا أعاد يده بفور ذلك وبالتقرب فقال ابن حبيب ان أعاد يده بالفور أكلت وقال سحنون لا تؤكل وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة أم لا فأعادها على الفوران تبين له انها لم تتم أكلت وهو أحد ما تؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة قال أبو الحسن المحمدي ولو قيل عكس هذا لكان أجود أعني أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد أتم الذكاة فتيين له غير ذلك فأعادها انها تؤكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقينا وهذا مبني على أن من شرط الذكاة قطع كل أعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منفوعة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانه بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوعة المقاتل .

﴿الباب الثالث فيما تكون به الذكاة﴾

أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم وفري الأوداج من حديد أو صخر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة واختلفوا في ثلاثة في السن والظفر والعظم فمن الناس من أجاز التذكية بالعظم ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين أن يكونا منزوعين أولاً يكونا منزوعين فأجاز التذكية بهما إذا كانا منزوعين ولم يجرها إذا كانا متصلين ومنهم من قال إن الذكاة بالسن والعظم مكروهة غير ممنوعة ولا خلاف في المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة إذا أنهر الدم واختلف في السن والظفر فيه على الأقوال الثلاثة أعنى مطلقاً والفرق فيهما بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لا بالمنع ب وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث رافع بن خديج رفيه قال يا رسول الله إنا لا قوا العدو غداً وليس معنا مدى فنذبح بالقصب فقال عليه الصلاة والسلام : ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل لبس السن والظفر وسأحدثكم عنه أما السن فعظم . وأما الظفر فمدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الأشياء ليس في طبيعتها أن تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم من ذلك أنه شرع غير معلل والذين فهموا أنه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل على فساد النهي عنه ومنهم من اعتقد أنه لا يدل على فساد النهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي في ذلك على وجه الكراهية لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى في ذلك أنه لا ينهر الدم غالباً قال إذا وجد منهما ما ينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم أن يكونا منفصلين إذا كان أنهر الدم منهما إذا كانا بهذه الصفة أمكن وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أن النهي عنهما هو مشروع غير معلل وأنه يدل على فساد النهي عنه قال إن ذبح بهما لم تنفع التذكية وإن أنهر الدم ومن رأى أنه لا يدل على فساد النهي عنه قال إن فعل وأنهر الدم أثم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فإنه عليه الصلاة والسلام قد علل المنع في السن بأنه عظم ولا يختلف المذهب أنه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام : إن الله كتب الإحسان على كل مسلم فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته خرجه مسلم .

﴿الباب الرابع في شروط الذكاة﴾

وفي هذا الباب ثلاث مسائل ، المسئلة الأولى في اشتراط التسمية ، الثانية في اشتراط

بالبسمة ، الثالثة في اشتراط النية .

(المسئلة الاولى) واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة أقوال ، ف قيل هي فرض على الاطلاق ، وقيل بل هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان . وقيل بل هي مؤكدة وبالقول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر والشعبي وابن سيرين ، وبالقول الثاني قال مالك وابو حنيفة والثوري ، وبالقول الثالث قال الشافعي واصحابه وهو مروي عن ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهما وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للآثر . فاه بالكتاب فقوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق » وأما السنة لمعارضة لهذه الآية فما رواه مالك عن هشام عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ف قيل يا رسول الله إن ناساً من الياضية يأتوننا بلحمان ولا ندرى اسموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان في أول الاسلا ولم ير ذلك الشافعي لان هذا الحديث ظاهره انه كان بالمدينة وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجمع بان حمل الامر بالتسمية على الندب . واما من اشترط الذكر في الوجوب فصيراً الى قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

(المسئلة الثانية) وأما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوماً استحجوا ذلك وقوماً أجازوا ذلك وقوماً أوجبوه وقوماً كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة والكراهية والمنع موجودان في المذهب وهي مسئلة مسكوت عنها والاصل فيها الاباحة الا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شيء يصلح ان يكون اصلاً تقاس عليه هذه المسئلة الا ان يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذي لا يستند الى اصل مخصوص عند من أجازوه او قياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب أن يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لانه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ما عدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت .

(المسئلة الثالثة) وأما اشتراط النية فيها ف قيل في المذهب بوجوب ذلك ولا اذكر فيها خارج المذهب في هذا الوقت خلافاً في ذلك ويشبه ان يكون في ذلك قولان قول بالوجوب وقول بترك الوجوب فمن أوجب قال عبادة لا اشتراط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذي هو المقصود منه فوجب ان لا نشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة ازالة عنها .

﴿ الباب الخامس فيمن تجوز تذكّيته ومن لا تجوز ﴾

والمذكور في الشرع ثلاثة أصناف ، صنف اتفق على جواز تذكّيته ، وصنف اتفق على منع ذكّاته ، وصنف اختلف فيه . فاما الصنف الذي اتفق على ذكّاته فمن جمع خمسة شروط الاسلام والتذكورية والبالوغ والعقل وترك تضييع الصلاة . وأما الذي تواتفق على منع تذكّيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى (وما ذبح على النصب) ولقوله « وما أهل به لغير الله » وأما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة : أهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبي والمجنون والسكران والذي يضييع الصلاة والسارق والغاصب . فاما أهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحتهم لقوله تعالى « وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم » ويختلفون في التفصيل فاتفقوا على أنهم اذا لم يكونوا من نصارى بنى تغلب ولا مرتدين وذبحوا لأنفسهم وعلم أنهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم في التوراة ولا حرموها هم على أنفسهم انه يجوز منها ماعدا الشحم . واختلفوا في مقابلات هذه الشروط أعني اذا ذبحوا لمسلم باستنابته او كانوا من نصارى بنى تغلب أو مرتدين واذا لم يعلم أنهم سموا الله أو جهل مقصود ذبيحتهم أو علم أنهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنائسهم وأعيادهم أو كانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة لقوله تعالى (كل ذي ظفر) أو كانت مما حرموها على أنفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقه إلهية وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة مسلم فقبل في المذهب عن مالك يجوز وقبل لا يجوز . وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك أم لا فمن رأى ان النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكنايى لمسلم لانه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب أعني قوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) قال يجوز وكذلك من اعتقد ان نية المستبب تجزى وهو أصل قول ابن وهب .

(وأما المسئلة الثانية) وهي ذبائح نصارى بنى تغلب والمرتدين فان الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح أهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحتهم وهو أحد قولي الشافعى وهو مروي عن علي رضي الله عنه . وسبب الخلاف هل يتناول العرب المنتصرين أو اليهوديين اسم الذين أوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم . واما المرتد فان الجمهور

على أن ذبيحته لا تؤكل وقال اسحاق ذبيحته جائزة وقال الثوري مكروهة ^١ وسبب الخلاف هل المرتد لا يتأوله اسم أهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة أهل الكتاب أو يتأوله .

(واما المسئلة الثالثة) وهي اذا لم يعلم ان أهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور تؤكل وهو مروى عن علي وليست أذكر فيه في هذا الوقت خلافاً . ويتطرق اليه الاحتمال بان يقال ان الأصل هو ان لا يؤكل من تذكيتهن الا ما كان على شروط الاسلام فاذا قيل على هذا ان التسمية من شرط التذكية وجب ان لا تؤكل ذبائحهم بالشك في ذلك . واما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم أو كنائسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من أباحه وهو قول أشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعي ^٢ وسبب اختلافهم تعارض عمومي الكتاب في هذا الباب وذلك ان قوله تعالى « طعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم » يحتمل ان يكون مخصصاً لقوله تعالى « وما أهل به لغير الله » ويحتمل ان يكون قوله تعالى « وما أهل به لغير الله » مخصصاً لقوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) اذ كان كل واحد منهما يصح ان يستثنى من الآخر فن جعل قوله تعالى وما أهل به لغير الله مخصصاً لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما أهل به للكنائس والاعياد ومن عكس الامر . قال يجوز . وأما اذا كانت الذبيحة مما حرمت عايهم فقليل يجوز وقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين ان تكون محرمة عليهم بالتوراة أو من قبل أنفسهم أعني باباحة ما ذبحوا . مما حرموا على أنفسهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمنع والاقاويل الاربعة موجودة في المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن أشهب ^٣ وأصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراطية الذكاة أعني اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط في التذكية قال لا تجوز هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الآية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم في أكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف في ذلك أحد غير مالك وأصحابه فمنهم من قال ان الشحوم محرمة وهو قول أشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل في الشحوم سبب آخر من أسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة وهو هل تتبعض التذكية أولاً تتبعض قال لا تؤكل الشحوم ومن قال لا تتبعض قال يؤكل الشحم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم حديث عبد الله بن مغفل اذ أصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم في كتاب

الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك في أصل شرعهم وبين ما حرموا على أنفسهم قال ما حرم عليهم هو أمر حق فلا تعمل فيه الزكاة وما حرموا على أنفسهم هو أمر باطل فتعمل فيه التذكية (قال القاضي) والحق أن ما حرم عليهم أو حرموا على أنفسهم هو في وقت شريعة الاسلام أمر باطل إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فيجب أن لا يراعى اعتقادهم في ذلك ولا يشترط أيضاً أن يكون اعتقادهم في تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لأنه لو اشترط ذلك لما جاز أكل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شريعتهم في ذلك منسوخ واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم وإنما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله أعلم جائزة لنا على الإطلاق ولا يرتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم. وأما المجوس فإن الجمهور على أنه لا تجوز ذبائحهم لأنهم مشركون وتمسك قوم في إجازتها بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : سنواهم سنة أهل الكتاب . وأما الصابئون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من أهل الكتاب أم ليسوا من أهل الكتاب . وأما المرأة والصبي فإن الجمهور على أن ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو المصعب رحمهم الله والسبب في اختلافهم نقصان المرأة والصبي وإنما لم يختلف الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فاصيبت شاة فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها وهو حديث صحيح . وأما المجنون والسكران فإن مالكا لم يجز ذبيحتهما وأجاز ذلك الشافعي رحمهم الله وسبب الخلاف اشتراط النية في الزكاة فمن اشترط النية منع ذلك إذا لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فإن الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورأى أنها ميتة وبه قال داود وإسحاق بن راهويه رحمهم الله وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المنهي عنه أولاً يدل فمن قال يدل قال السارق والغاصب منهي عن ذكاتها وتناولها وتمسكها فإذا ذكاتها فسدت التذكية ومن قال لا يدل إلا إذا كان المنهي عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لأنه ليس صحة الملك شرطاً من شروط التذكية وفي موطأ ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم يز بها بأساً وقد جاء إباحة ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعموها إلا سارى وهذا القدر كاف في أصول هذا الكتاب والله أعلم.

(كتاب الصيد)

وهذا الكتاب في أصوله أيضا أربعة أبواب ، الباب الاول في حكم الصيد وفي محل الصيد ، الثاني فيما به يكون الصيد ، الثالث في صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة في عمل الذكاة في الصيد ، الرابع فيمن يجوز صيده .

﴿ الباب الاول ﴾

فاما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم والسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) ثم قال (واذا حملتم فأصطادوا) واتفق العلماء على ان الامر بالصيد في هذه الآية بعد النهي يدل على الاباحة كإتفاقه واعلى ذلك في قوله تعالى (فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله) أعني ان المقصود به الاباحة لوقوع الامر به بعد النهي وان كان اختلفوا هل الامر بعد النهي يقتضي الاباحة أو لا يقتضيه وانما يقتضي على أصله الوجوب وكره مالك الصيد الذي يقصد به السرف وللمتأخرين من أصحابه فيه تفصيل محمول قولهم فيه ان منه ما هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه وهذا النظر في الشرع تغفل في القياس وبعد عن الاصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق بكتابنا هذا ان كان قصدنا فيه اتما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريبا من المنطوق به . وأما محل الصيد فانهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري هو السمك وأصنافه ومن الحيوان البري الحلال الاكل الغير متأنس . واختلفوا فيما امتنع من الحيوان المتأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه أو نحره فقال مالك لا يؤكل الا أن ينحر من ذلك ما ذكاته النحر ويذبح ما ذكاته الذبح أو يفعل به أحدهما ان كان مما يجوز فيه الامران جميعا وقال أبو حنيفة والشافعي اذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد . وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للخبر وذلك أن الاصل في هذا الباب هو الحيوان الانسي لا يؤكل الا بالذبح أو النحر وأن الوحشي يؤكل بالعقر . وأما الخبر المارض لهذه الاصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال وقد سمعنا بهير وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به فقال النبي عليه الصلاة والسلام : إن لهذه البهائم آوايد كما وابد الوحش فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث أولى لمعنته لانه لا ينبغي أن يكون هذا مستثنى من ذلك الاصل مع أن لقائل أن يقول انه جار مجرى الاصل في هذا الباب وذلك أن

العله في كون المقر ذكاة في بعض الحيوان ليس شيئاً أكثر من عدم القدرة عليه .
لأنه وحشي فقط فإذا وجد هذا للمعنى من الانسى جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشى .
فيتفق القياس والسماع ،

(الباب الثانى فيما يكون به الصيد)

والاصل في هذا الباب آيتان وحديثان الآية الاولى قوله تعالى (يا أيها الذى آمنوا
ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم) . والثانية قوله تعالى
(قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلين) الآية . وأما الحديثان ،
فاحدهما حديث عدى بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له :
إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما أمسكن عليك وإن
أكل الكلب فلا تأكل فأنى أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه وإن خالطها كلاب
غيرها فلا تأكل فأنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره . وسأله عن المعراض
فقال إذا أصاب بمرضه فلا تأكل فأنه وقيد وهذا الحديث هو أصل في أكثر ما
في هذا الكتاب . والحديث الثانى حديث أبى نعلبة الحشنى وفيه من قوله عليه الصلاة
والسلام : ما أصبت بقوسك فسم الله ثم كل وما صدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم
كل ما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم وأدركت ذكاته فكل وهذا الحديثان اتفق
أهل الصحيح على إخراجهما . والآلات التى يصاد بها منها ما انفقوا عليها بالجملة ومنها
ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهي ثلاث حيوان جارح . ومحدد . ومثقل . فاما المحدد
فانفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها في الكتاب والسنة وكذا بما جرى
مجراها مما يعقر ما عدى الاشياء التى اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الانسى وهي
السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلا معنى لاعادته . وأما المثقل
فأختلفوا في الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم يجز
من ذلك الا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجاز على الإطلاق ومنهم من فرق بين ما
قتله المعراض أو الحجر بقتله أو بحدده إذا خرق جسد الصيد فأجازه إذا خرق ولم يجزه
إذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الامصار الشافعى ومالك وأبو حنيفة وأحمد
والثورى وغيرهم وهو راجع الى أنه لا ذكاة الا بمحدد . وسبب اختلافهم
معارضة الأصول في هذا الباب بعضها بعضاً ومعارضة الاثر لها وذلك ان من الأصول
في هذا الباب ان الوقيد محرم بالكتاب والاجماع ومن أصوله ان المقر ذكاة
الصيد فمن رأى ان ما قتل المعراض وقيد منه على الإطلاق ومن رآه عقراً مختصاً

بالصيد وأن الوقذ غير معتبر فيه أجزائه على الإطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك أو لم يخرق فقصيرا إلى حديث عدي بن حاتم المتقدم وهو الصواب وأما الحيوان الجارح فالإتفاق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه ما يتعلق بالشرط ، فاما النوع الذي اتفقوا عليه فهو الكلاب ما عدا الكلب الأسود فإنه كرهه قوم منهم الحسن البصري كإبراهيم النخعي وقتادة وقال أحمد ما أعرف أحدا يرخص فيه إذا كان بهيما وبه قال إسحاق . وأما الجمهور فعلى إجازة صيده إذا كان معلما * وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكلين » يقتضى تسوية جميع الكلاب في ذلك وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الأسود البهيم يقتضى في ذلك القياس أن لا يجوز اصطيداه على رأى من رأى أن النهى يدل على فساد النهى عنه . وأما الذى اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فيما عدا الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية فمنهم من أجاز جميعها إذا علمت حتى السور كما قال ابن شعبان وهو مذهب مالك وأصحابه وبه قال فقهاء الأمصار وهو مروى عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم لا اصطيد بجوارح ما عدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك إلا ما أدركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازى فقط فقال يجوز صيده وحده * وسبب اختلافهم في هذا الباب شيان ؛ أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك أنه قد يظن أن النص إنما ورد في الكلاب أعنى قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلين) إلا أن يتأول أن لفظة مكلين مشتقة من كلب الجارح لا من لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى في الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى في لفظة مكلين والسبب الثانى هو من شرط الإمساك الإمساك على صاحبه أم لا وإن كان من شرطه فهل يوجد في غير الكلب أو لا يوجد فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلين هي مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب أو أنه لا يوجد الإمساك إلا في الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لا يصاد بجوارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط في الإمساك الإمساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح إذا قبلت التعليم . وأما من استثنى من ذلك البازى فقط فقصيرا إلى ما روى عن عدي بن حاتم أنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازى فقال : ما أمسك عليك فكل خرجه الترمذى فهذه هي أسباب اتفاقهم واختلافهم في أنواع الجوارح . وأما الشروط المشترطة في

لجوارح فان منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى «وما علمتم من الجوارح مكلين» وقوله عليه الصلاة والسلام : اذا أرسلت كلبك المعلم واختلفوا في صفة التعليم وشروطه فقال قوم التعليم ثلاثة أصناف . أحدهما أن تدعو الجارح فيجيب والثاني أن تشليه فينشلي . والثالث أن ترجره فيزدجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وانما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر الجوارح واختلفوا أيضاً في هل من شرطه أن لا يأكل الجارح فمنهم من اشترطه على الاطلاق ومنهم من اشترطه في الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من أجباه ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك أعني انه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره . أن لا يأكل واشترط بعضهم في الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشترطه كما قلنا في الكل والجمهور على جواز أكل صيد البازي والصقر وان أكل لان ضررته انما تكون بالاكل فالخلاف في هذا الباب راجع الى موضعين . أحدهما هل من شرط التعليم ان ينزجر اذا زجر . والثاني هل من شرطه ألا يأكل . وسبب الخلاف في اشتراط الاكل أو عدمه شيان ، أحدهما اختلاف الآثار في ذلك . والثاني هل اذا أكل فهو بمسك أم لا فاما الآثار فمنها حديث عدي بن حاتم المتقدم وفيه فان أكل فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبي ثعلبة الحبشي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت وان أكل منه يا رسول الله قال وان أكل فمن جمع بين الحديثين بان حمل حديث عدي بن حاتم على النذب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه ألا يأكل ومن رجع حديث عدي بن حاتم انه هو متفق عليه وحديث أبي ثعلبة يختلف فيه ولذلك لم يخرج الشيخان البخاري ومسلم وقال من شرط الامساك أن لا يأكل بدليل الحديث المذكور قال ان أكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق والثوري وهو قول ابن عباس ورخص في أكل ما أكل الكلب كما قال مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسليمان وقالت المالكية المتأخرة انه ليس الاكل بدليل على انه لم يمسك لسيدته ولا الامساك لسيدته بشرط في الذكاة لان نية الكلب غير معلومة وقد يمسك لسيدته ثم يبدو له فيمسك لنفسه وهذا الذي قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى «فكلوا مما أمسكن عليكم» وللأمساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو العادة ولذلك قال عليه الصلاة والسلام فان أكل فلانا كل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه . وأما اختلافهم في الازدجار

فباس له سبب الا اختلافهم فى قياس سائر الجوارح فى ذلك على الكلب لان الكلب الذى لا يزدجر لا يسمى معلما باتفاق فاما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف .

الْبَابُ الثَّالِثُ

المختصة بالصيد (فى معرفة الذكاة وشروطها)

واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي المقر . واختلفوا فى شروطها اختلافا كثيرا واذا اعتبرت أصولها التي هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة فى الآلة وفى الصائد وجدت ثمانية شروط اثنان يشتركان فى الذكوتين أعنى ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية وستة تخص بهذه الذكاة . أحدها انها لم تكن الآلة أو الجارح الذى صاب الصيد قد انفذ مقاتله فانه يجب ان يذكى بذكاة الحيوان الانسى اذا قدر عليه قبل ان يموت مما أصابه من الجارح أو من الضرب وأما ان كان قد انفذ مقاتله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب ، والثانى ان يكون الفعل الذى أصيب به الصيد مبدأه من الصائد لا من غيره أعنى لا من الآلة كالحال فى الحباله ولا من الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذى ينشلى من ذاته ، والثالث أن لا يشاركه فى المقر من لبس عقره ذكاة ، والرابع أن لا يشك فى عين الصيد الذى أصابه وذلك عند غيبته عن عينه ، والخامس أن لا يكون الصيد مقدورا عليه فى وقت الارسال عليه ، والسادس أن لا يكون موته من رعب من الجارح أو بصدمة منه فهذه هي أصول الشروط التي من قبل اشتراطها أولا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون فى وجودها فى نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل ان يكون مبدؤه من الصائد واختلافهم اذا أفلت الجارح من يده أو خرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا تردده هذه الحال بين من يوجد لها هذا الشرط أولان يوجد كاتفاق أبي حنيفة ومالك على أن من شرطه اذا أدرك غير منقوذ المقاتل ان يذكى اذا قدر عليه قبل أن يموت واختلافهم بين ان يتخلصه حيا فيموت فى يده قبل أن يتمكن من ذكاته فان أبا حنيفة منع هذا وأجاز مالك ورآه مثل الاول أعنى اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين أن يقال ادركه غير منقوذ المقاتل وفي غير يد الجارح فاشبه المفرط أو لم يشبهه فلم يقع منه تفريط واذا كانت هذه الشروط هي أصول الشروط المشترطة فى الصيد مع سائر الشروط المذكورة فى الآلة والصائد نفسه على ما سيأتى يجب أن يذكر منها ما اتفقوا منه عليه وما اختلفوا

فيه واسباب الخلاف في ذلك وما يتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول. اما التسم
والنية فقد تقدم الخلاف فيهما وسببه في كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية في الذر
لم يجز عند من اشتراطها اذا ارسل الجارح على صيد وأخذ آخر ذكاة ذلك الصيد الذر
يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور ذلك جائز ويؤكل وه
قبل هذا أيضا اختلف اصحاب مالك في الارسال على صيد غير مرئي كالذي يرسل على
في غيضة او من وراء أكمة ولا يدري هل هنالك شيء ام لا لان القصد في هذا يشوبه شيء
الجهل واما الشرط الاول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التي ذكرناها وهو ان
الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما يكون ذكاة اذا لم يدركه المرسل حيا فباشتراطه قال جمهور
العلماء لما جاء في حديث عدي بن حاتم في بعض رواياته أنه قال عليه الصا
والسلام : وان أدركته حيا فاذبحه وكان النخعي يقول اذا أدركته حيا ولم ي
معك حديدة فارسل عليه السكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصري مص
بعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ومن قبل هذا الشرط قال ما
لا يتوانى المرسل في طلب الصيد فان توانى فادركه ميتا فان كان منفوذ المقات
بسهم حل أكله والا لم يحل من أجل أنه لو لم يتوان لكان يمكن أن يدركه -
غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثاني وهو أن يكون الفعل مبدؤه من القائه
ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الح
والشبكة اذا أنفذت المقاتل بمحدد فيها فمنع ذلك مالك والشافعي والجمهور ورخه
فيه الحسن البصري ومن هذا الاصل لم يجز مالك الصيد الذي أرس
عليه الجارح فتشاغل بشيء آخر ثم عاد اليه من قبل نفسه . وأما الشرط اثن
وهو ان لا يشاركه في العقر من ليس عقره ذكاة له فهو شرط مجمع عليه فيما أذ
لانه لا يدري من قتله . وأما الشرط الرابع وهو أن لا يشك في عين الصيد ولا في قتا
جارحه له فمن قبل ذلك اختلفوا في أكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بآ
بأكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثرأ من كلبك أو كان به سهمك ما لم يبت قا
بات فاني أكرهه وبالكراهية قال الثوري وقال عبد الوهاب اذا بات الصيد من الجار
لم يؤكل وفي السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيهما جميعا اذا وجد منفو
المقاتل وقال مالك في المسدونة لا يؤكل فيهما جميعا اذا بات وان وجد منفوذ المقات
وقال الشافعي القياس أن لا تأكله اذا غاب عنك مصرعه وقال أبو حنيفة اذا توارى الصي
والكلب في طلبه فوجده المرسل مقتولا جازأكله ما لم يترك الكلب الطلب فان تركه كره
أكله * وسبب اختلافهم شيان اثنان الشك العارض في عين الصيد او في ذكاته * والسبب

الثاني اختلاف الآثار في هذا الباب فروى مسلم والنسائي والترمذي وأبو داود عن أبي ثعلبة عن النبي عليه الصلاة والسلام في الذي يدرك صيده بعد ثلاث فقال : كل ما لم يمتن وروى مسلم عن أبي ثعلبة أيضا عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : إذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل ما لم يمت وفي حديث عدي بن حاتم أنه قال عليه الصلاة والسلام : إذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه أثر سبع وعلمت أن سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم في الصيد يصاب بالسهم أو يصيده الجارح فيسقط في ماء أو يتردى من مكان عال فقال مالك لا يؤكل لأنه لا يدرى من أى الأمرين مات إلا أن يكون السهم قد أنفذ مقاتله ولا يشك أن منه مات وبه قال الجمهور وقال أبو حنيفة لا يؤكل إن وقع في ماء منفذ المقاتل ويؤكل إن تردى وقال عطاء لا يؤكل أصلا إذا أصيب المقاتل وقع في ماء وتردى من موضع عال لا مكان أن يكون زهوق نفسه من قبل التردى أو من الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ المقاتل . وأما موته من صدم الجارح له فإن ابن القاسم منعه قياسا على الثقل وأجازه أشهب لعدم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم » ولم يختلف المذهب أن مات من خوف الجارح أنه غير ذكي . وأما كونه في حين الأرسال غير مقدور عليه فإنه شرط فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد إذا كان الصيد مقدورا على أخذه باليد دون خوف أو غرر أو ما من قبل أنه قد لشب في شيء أو تعلق بشيء أو رماه أحد فكسر جناحه أو ساقه وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الأحوال بين أن يوصف فيها الصيد بأنه مقدور عليه أو غير مقدور عليه مثل أن تضطره الكلاب فيقع في حفرة فقبل في المذهب يؤكل وقيل لا يؤكل . واختلفوا في صفة العقر إذا ضرب الصيد فأبين منه عضو فقال قوم يؤكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يؤكلان جميعا وفرق قوم بين أن يكون ذلك العضو مقتلا أو غير مقتل فقالوا إن كان مقتلا أكلا جميعا وإن كان غير مقتل أكل الصيد ولم يؤكل العضو وهو معنى قول مالك وإلى هذا يرجع خلافهم في أن يكون القطع بنصفين أو يكون أحدهما أكبر من الثاني . وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه الصلاة والسلام : ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة لعدم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولعدم قوله تعالى (تناله أيديكم ورماحكم) فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقا قال يؤكل الصيد والعضو المقطوع من الصيد وحمل الحديث على الأنسى ومن حمله على الوحشى والأنسى معاً واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال يؤكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر في ذلك الحياة المستقرة أعنى قوله وهي حية فرق بين أن يكون العضو مقتلا أو غير مقتل .

(الباب الرابع)

(في شروط القانص)

وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذبائح المتفق عليها والمختلف فيها ويخص الاصطياد في البر شرط زائد وهو ان لا يكون محرماً ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى « وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » فان اصطاد محرماً فهل يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لا يحل لاحد أصلاً يختلف فيه الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور الى انه يجوز المحرم أكله * وسبب اختلافهم هو الاصل المشهور وهو هل النهي يعود بفساد النهي أم لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب في كلب المجوس للمعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري لان الخطاب في قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكابين) متوجه نحو المؤمنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

(كتاب العقيقة)

والقول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر في ستة أبواب : الاول في معرفة حكمها ، والثاني في معرفة محلها ، الثالث في معرفة من يعق عنه وكى يعق ، الرابع في معرفة وقت هذا النسك ، الخامس من هذا النسك وصفته ، السادس حكم محلها وسائر أجزائها . فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب أبو حنيفة الى انها ليست فرضاً ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع * وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه الصلاة والسلام قال : كل غلام مرتين بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضى الوجوب وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا أحب العقوق ومن ولد له ولد فاحب أن يلسك عن ولده فليفعل يقتضى التسبب أو الاباحة فمن فهم منه التدب أو الاباحة

قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين أبو داود ومن أخذ بحديث سمرة أو جيبها . وأما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز في العقيقة الا ما يجوز في الضحايا من الازواج الثمانية . وأما مالك فاختار فيها الضأن على مذهبه في الضحايا واختلف قوله هل يجزى فيها الابل والبقر أو لا يجزى وسائر الفقهاء على أصلهم أن الابل أفضل من البقر والبقر أفضل من الغنم ^١ وسبب اختلافهم تغارض الآثار في هذا الباب والقياس اما الاثر فحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : نقي عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان . خرجهما أبو داود . وأما القياس فلانها نسك فوجب أن يكون الاضخم فيها أفضل قياساً على الهدايا . وأما من يبق عنه فان جمهورهم على انه يبق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وشذ الحسن فقال لا يبق عن الجارية وأجاز بعضهم أن يبق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام يوم سابعه ودليل من يخالف ما روى عن أنس ان النبي عليه الصلاة والسلام : نقي عن نفسه بدما يثبت بالنبوة ودليلاًهم أيضاً على تعلقها بالانثى قوله عليه الصلاة والسلام : عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام : كل غلام مرتين بعقيقته . وأما العدد فان الفقهاء اختلفوا أيضاً في ذلك فقل مالك يبق عن الذكر والانثى بشاة شاة وقول الشافعي وأبو ثور وداود وأحمد يبق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ^٢ وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب فمنها حديث أم كرز الكعبية خرجها أبو داود وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : في العقيقة عن الغلام شاتان . وكافأتان وعن الجارية شاة والمكافأتان المثلتان وهذا يقتضي الفرق في ذلك بين الذكر والانثى وما روى انه عقي عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً يقتضي الاستواء بينهما . وأما وقت هذا النسك فان جمهور العلماء على انه يوم سابع المولود ومالك لا يبعد في الاسبوع اليوم الذي ولد فيه ان ولدته نهاراً وعبد الملك وابن الماجشون يمتد به وقال ابن القاسم في العتية ان عقي ليلالم يجزه واختلف أصحاب مالك في مبدأ وقت الاجزاء فقل وقت الضحايا أعني ضحى وقيل بعد الزجر قياساً على قول مالك في الهدايا ولا شك أن من جاز الضحايا ليلاً أجاز هذه ليلاً وقد قيل يجوز في السابع الثاني والثالث . وأما من هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها العجائز أعني انه ينقى فيها من العيوب ما ينقى في الضحايا ولا أعلم في هذا خلافاً في المذهب ولا خارجاً منه . وأما حكم لحمها وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا في الاكل والهدقة ومنع البيع . وجميع العلماء على

انه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وانه نسخ في الاسلام وذلك لحديث بريدة الاسلمى قال كنا في الجاهلية اذا ولد لاحدنا غلام ذبح له شاة واطبخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح ونحاق رأسه ونطبخه بزعفران وشذ الحسن وقناة فقالا يمس رأس الصبي بقطنة قد غمست في الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل. واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شمره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلفت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة .

(كتاب الاطعمة والاشربة)

والكلام . في أصول هذا الكتاب يتعلق بجمليتين ، الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار ، الجملة الثانية نذكر فيها أحوالها في حال الاضطرار .
(الجملة الاولى) والاغذية الانسانية نبات وحيوان . فاما الحيوان الذى يشتد به فنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه برى ومنه بحرى والمحرمة منها ما تكون محرمة لبنها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه . فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة الميتة والمنخقة والموقوذة والتردية والنطيحة وما أكل السبع وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذى التذكية شرط في أكله والجلالة والطامام الحلال يخالطه نجس . فاما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا في ميتة البحر على ثلاثة أقوال ، فقال قوم هي حلال باطلاق ، وقال قوم هي حرام باطلاق . وقال قوم ما طفا من السمك حرام وما جر زعنه البحر فهو حلال . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقة لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية فاما العموم فهو قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وأما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه . أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتاً يسمى العنبر

أو حابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشرين يوما أو شهرا ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فآخبروه فقال هل معكم من لحم شيء فآكلوا منه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله وهذا إنما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه ، وأما الحديث الثاني المختلف فيه فما رواه مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما روى اسماعيل بن أمية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ما ألقى البحر أو جزر عنه فمكلوه وما طفا فلا تأكلوه وهو حديث أضف عندهم من حديث مالك بسبب ضعف حديث مالك أن في روايته من لا يعرف وأنه ورد من طريق واحد قال أبو عمر ابن عبد البر بل رواه معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف حديث جابر أن الثقات أوقفوه على جابر فمن رجع حديث جابر هذا إلى حديث أبي هريرة شهادة عموم الكتاب له لم يستثن من ذلك إلا ما جزر عنه البحر إذ لم يرد في ذلك تعارض ومن رجع حديث أبي هريرة قل بالاباحة مطلقا . وأما من قل بالمنع مطلقا فمهدا إلى ترجيح عموم الكتاب وبالاباحة مطلقا قل مالك والشافعي والمنع مطلقا قل أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق . وأما الخمسة التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف أن حكمها عندهم حكم الميتة . وأما الجلالة وهي التي تأكل النجاسة فاختلافوا في أصلها بسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر أما الآثر فما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة والبيانها خرجها أبو داود عن ابن عمر . وأما القياس الممارض لمتأفوه أن بما يرد جوف الحيوان ينقلب إلى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فاذا قلنا أن لحم ذلك الحيوان حلال وحسب أن يكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب إليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا أو كائنا لابل اللحم لحما والشافعي يحرم الجلالة ومالك يكرهها . وأما النجاسة بمخالط الحلال فالأصل فيه الحديث المشهور من حديث أبي هريرة وهو أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفارة تقع في السم فقال إن كان جامدا فاطرحوها وما حولها وكلوا البقي وإن كان ذاتها فارقوه أولا تقربوه وللعلماء في النجاسة بمخالط الأطعمة الحلال مذهبان ، أحدهما من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وإن لم يتغير الطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة التي خالطته وهو المشهور والذي عليه الجمهور ، والثاني مذهب من يعتبر في ذلك التغير وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك بسبب اختلافهم باختلافهم في مفهوم الحديث وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أريد به الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يمر على ظاهره وسائر الأشياء يعتبر فيها تغيرها

بالنجاسة أولاً تغيرها بها ومنهم من جملة من باب الخاص أريد به العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه ان بنفس مخالطة النجس ينجس الحلال الا انه لم يتمل لهم الفرق بين أن يكون جامداً أو ذائباً لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وان كانت في إحدى الحالتين أكثر أعنى في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة فلما لم يفرقوا بينهما فكأنهم اقتصروا من بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك أقرته الظاهرية كله على ظاهره . وأما المحرمات لعينها فمنها ما انفقوا أيضاً عليه ومنها ما اختلفوا فيه فأما المنفق منها عليه فأنفق المسلمون منها على اثنتين لحم الخنزير والدم فاما الخنزير فأنفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده مدبوغا وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة . وأما الدم فأنفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكي واختلفوا في غير المسفوح منه . وكذلك اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه نجساً ومنهم من لم يره نجساً والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارجا عنه بسبب اختلافهم في غير المسفوح معارضة الاطلاق للتقييد وذلك ان قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم » يقتضى تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى « أودماً مسفوحاً » يقتضى بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيّد اشترط في التحريم المسفوح ومن رأى ان الاطلاق يقتضى حكماً زائداً على التقييد وان معارضة المقيّد للمطلق إنما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيّد وقال يحرم قليل الدم وكثيره والسفح المشروط في حرمة الدم إنما هو من دم الحيوان المذكي أعنى الذى يسيل عن الذكوة من الحيوان الحلال الاكل . وأما كل دم يسيل من الحيوان الحى فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وان ذكى قليله وكثيره حرام ولا خلاف في هذا . وأما سبب اختلافهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم فقوله تعالى والدم . وأما القياس فما يمكن أن يتوهم من كون الدم تابعاً في التحريم لميتة الحيوان أعنى ان ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رأى مالك ان ما لادم له فليس بميتة (قال القاضى) وقد تكلمنا في هذه المسئلة في كتاب الطهارة ويذكر الفقهاء حديثاً في هذا مخصصاً لعموم الدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب ظنى ليس هو في الكتب المشهورة من كتب الحديث . وأما المحرمات لعينها المختلف فيها فاربعة ، أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الاربع ، والثانى ذوات الحافر الانسية ، والثالث لحوم الحيوان المأمور بقتله في

الحرم :الرابع لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكى أبو حامد عن الشافعي أنه يحرم لحم الحيوان المنهى عن أكله قال كالحطاف وزعم والنحل فيكون هذا جنساً خامساً من المختلف فيه .

(فاما المسئلة الاولى) وهي السباع ذوات الاربع فروى ابن القاسم عن مالك انها مكروهة وعلى هذا القول عول جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك في الموطأ ما دليله انها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : أكل كل ذي ناب من السباع حرام وعلى ذلك الأمر عندنا وإلى تحريمها ذهب الشافعي واشهب وأصحاب مالك وأبو حنيفة إلا أنهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال أبو حنيفة كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع عنده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعي يؤكل الضبع والثعلب وإنما السباع المحرمة التي تعدو على الناس كالأسد والثعلب والذئب وكل القواين في المذهب وجمهورهم على أن الفرد لا يؤكل ولا ينتفع به وعند الشافعي أيضاً أن الكلب حرام لا ينتفع به لانه فهم من النهى عن سورة نجاسة عينه . وسبب اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الاربع معارضة الكتاب والآثار وذلك ان ظاهر قوله « قل لا تجد فيما أوحى الى محرماً على طاعم يطعمه » الآية أن ما عدا المذكور في هذه الآية حلال وظاهر حديث أبي ثعلبة الخشني أنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخاري ومسلم . وأما مالك فما رواه في هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو ابيّن في المعارضة وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أكل كل ذي ناب من السباع حرام وذلك ان الحديث الاول قد يمكن الجمع بينه وبين الآية بان يحمل النهى المذكور فيه على الكراهية . وأما حديث ابي هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الآية إلا أن يعتقد انه ناسخ للآية عنده من رأى ان الزيادة نسخ وان القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث ابي ثعلبة والآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية ومن رأى ان حديث ابي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية حرم لحوم السباع ومن اعتقد ان الضبع والثعلب محرمان فاستدلوا بعموم لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية فصيراً لما روى عبد الرحمن بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبع أكلها قال نعم قلت أصيد هي قال نعم قلت فأنت سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا الحديث وان كان انفرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ولما ثبت من اقراره عليه الصلاة والسلام على أكل

الضرب بين يديه وأما سباع الطير فالجمهور على أنها حلال لمكان الآية المتكررة وحرمتها قوم لما جاء في حديث ابن عباس أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل مخلب من الطير إلا أن هذا الحديث لم يخرج به الشيخان وإنما ذكره أبو داود.

(المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في ذوات الحافر الانسي أغنى الخيل والبغال والحمير فإن جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمير الانسية إلا ما روى عن ابن عباس وعائشة أنهما كانا يبيحانها وعن مالك أنه كان يكرها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروي عن مالك. وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة إلى أنها محرمة وذهب الشافعي وأبو يوسف ومحمد وجماعة إلى إباحتها والسبب في اختلافهم في الحمير الانسية معارضة الآية المذكورة للإحاديث الثابتة في ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمير الاهلية وأذن في لحوم الخيل فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى التسخ قال بتحريم الحمير أو قال بالزيادة دون أن يوجب عنده نسخا وقد احتج من لم ير تحريمها بما روى عن أبي اسحق الشيباني عن ابن أبي أوفى قال أصبنا حمرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير وطبخناها فنأدى منأدى رسول الله صلى الله عليه وسلم إن اكفؤا القدور بما فيها قال ابن اسحق فذكرت ذلك لسعيد بن جبيرة فقال إنما نهى عنها لأنها كانت تأكل الجلة. وأما اختلافهم في البغال فسيبه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى «والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة» وقوله مع ذلك في الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون للآية الحاضرة للمحرّمات لأنه يدل مفهوم الخطاب فيها أن المباح في البغال إنما هو الركوب مع قياس البغل أيضا على الحمار وأما سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له لكن إباحة لحم الخيل نص في حديث جابر فلا يلغى أن يعارض بقياس ولا بدليل خطاب.

(وأما المسئلة الثالثة) وهي اختلافهم في الحيوان المأمور بقتله في الحرم وهي الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والمقرب والثفارة والكلب العقور فإن قوما فهموا من الأمر بالقتل لها مع النهي عن قتل البهائم المباحة الأكل أن العلة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي وقوما فهموا من ذلك معنى التعدي لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وجمهور أصحابهما. وأما المجلس الرابع وهو الذي

تستخبثه النفوس كالخسرات والضفادع والسرطانات والسلحفات وما في مغاها فان الشافعي حرمها وأباحها الغير ومنهم من كرهها فقط * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الحبائث في قوله تعالى « ويحرم عليهم الحبائث » فمن رأى انها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى ان الحبائث هي ما تستخبثه النفوس قال هي محرمة . وأما ما حكاه أبو حامد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهى عن قتلها كالخطاف وزعم النحل فاني لست أدري أين وقعت الآثار الواردة في ذلك ولعلها في غير الكتب المشهورة عندنا . وأما الحيوان البحري قال العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقا بالاسم لحيوان في البر محرم فقال مالك لا بأس بأكل جميع حيوان البحر الا انه كره خنزير الماء وقال أنتم تسمونه خنزيراً وبه قال ابن أبي ليلى والازاعي ومجاهد وجهور العلماء الا ان منهم من يشترط في غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد أما انسان الماء وخنزير الماء فلا يוכלان على شيء من الحالات * وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة أو شرعا اسم الخنزير والانسان خنزير الماء والسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الكلام الى كل حيوان في البحر مشترك بالاسم في اللغة أو في العرف لحيوان محرم في البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسئلة يرجع الى أمرين ، أحدهما هل هذه الاسماء لغوية ، والثاني هل للاسم المشترك عموم أم ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر والسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه الاسماء لغوية ورأى أن للاسم المشترك عموما لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك في ذلك وقال أنتم تسمونه خنزيرا فهذه حال الحيوان المحرم الاكل في الشرع والحيوان المباح الاكل . وأما النبات الذي هو غذاء فكله حلال الا الحمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التي تتخمر ومن العسل نفسه . أما الخمر فاتهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها أعني التي هي من عصير العنب وأما الانبذة فانهم اختلفوا في القليل منها الذي لا يسكر . وأجمعوا على أن السكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجهور المحدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين أن المحرم من سائر الانبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين * وسبب اختلافهم تعارض الآثار والاقيسة في هذا الباب فللمجازيين في ثلث مذهبهم طريقتان ، الطريقة الاولى الآثار الواردة في ذلك ، والطريقة الثانية تسمية الانبذة بأجمعها خمر فمن أشهر الآثار التي لا تمسك بها أهل.

الحجاز مارواه مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت مثل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتة وعن نبيذ العسل فقال كل شراب سكر فهو حرام خرجه البخاري وقال يحيى بن معين هذا أصح حديث روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في تحريم المسكر ومنها أيضاً ما خرجه مسلم عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : كل مسكر خمر وكل خمر حرام فيذان حديثان صحيحان أما الأول فاتفق الكل عليه . وأما الثاني فانفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذي وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما سكر كثيره فقليله حرام وهو نص في موضع الخلاف . وأما الاستدلال الثاني من أن الانبذة كلها تسمى خمرأ فلهم في ذلك طريقان ، أحدهما من جهة اثبات الاسماء بطريق الاستقاق والثاني من جهة السماع . فاما التي من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند أهل اللغة أن الخمرأ ما سميت خمرأ لخمرتها العقل فوجب ان تبطلق اسم الخمر لغة على كل ما خمر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الأصوليين وهي غير مرضية عند الخراسانيين . وأما الطريقة الثانية التي من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسلم لنا ان الانبذة تسمى في اللغة خمرأ فانها تسمى خمرأ شرعاً واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وبما روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب وما روى أيضاً عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان من العنب خمرأ وان من العسل خمرأ ومن الزبيب خمرأ ومن الخنطة خمرأ وأنا اتيكم عن كل مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين في تجريم الانبذة . وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى (ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرأ ورزقا حسناً) وبآثار رويها في هذا الباب وبالقياس المعنوي . أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو كان محرم العين لاسماه الله رزقا حسناً : وأما الآثار التي اعتمدها في هذا الباب فمن أشهرها عندهم حديث أبي عون الثقفي عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحتمل التأويل وضعفه أهل الحجاز لان بعض رواه روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سهاك ابن حرب باسناده عن أبي بردة بن دينار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ائني صكنت نهيتكم عن الشراب في الاوعية فاشربوا فيما بدا لكم ولا تسكروا خرجه الطحاوي ورووا عن ابن مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدت ثم شهدت

تحليله فحفظت ونسيتهم ورووا عن أبي موسى قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذاً إلى اليمن فقلنا يا رسول الله إن بها شرابين يصنعان من الشعير ، أحدهما يقال له المز ، والآخر يقال له البتع فما نشرب فقال عليه الصلاة والسلام اشربا ولا تسكرا خرج الطحاوي أيضا إلى غير ذلك من الآثار التي ذكروها في هذا الباب . وأما احتجاجهم من جهة النظر فأنهم قالوا قد نص القرآن أن علة التحريم في الخمر إنما هي الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى (إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة) وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب أن يكون ذلك القدر هو الحرام إلا ما اعتقد عليه الإجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس يلحق بالنص وهو القياس الذي ينبه الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من أهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع أقوى وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر وإذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف إلى اختلافهم في تغليب الأثر على القياس أو تغليب القياس على الأثر إذا تعارضا وهي مسألة مختلف فيها لكن الحق أن الأثر إذا كان نصا ثابتا فالواجب أن يغلب على القياس . وأما إذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بأن يتأول اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الألفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التي تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما إلا بالذوق العقلي كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوي ولذلك كثر الاختلاف في هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب . (قال القاضي) والذي يظهر لي والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وإن كان يحتمل أن يزداد به القدر المسكر لا المجلس المسكر فإن ظهوره في تعليق التحريم بالمجلس أغلب على الظن من تعليقه بالقدر لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون فإنه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدا للذريعة وتغليظا مع أن الضرر إنما يوجد في الكثير وقد ثبت من حال الشرع بالإجماع أنه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر أن يلحق بالخمر وإن يكون على من زعم وجود الفرق إقامة الدليل على ذلك هذا إن لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام : ما أسكر كثيره فقليله حرام فأنهم إن سلموه لم يجدوا عنه انفكاكا فإنه نص في موضع الخلاف ولا يصح أن تعارض النصوص بالمقاييس . وأيضا فإن الشرع قد أخبرنا في الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى وقل فيها إثم كبير

ومنافع فذاس ، وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المصرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرا ويحل قليلا فلما غلب الشرع حكم المصرة على المنفعة في الحمر ومنع القليل منها والكثير وجب أن يكون الامر كذلك في كل ما يوجد فيه علة تحريم الحمر إلا ان يثبت في ذلك فارق شرعى وانفقوا على أن الانتباذ حلال ما لم تحدث فيه الشدة المطربة الحمرية لقوله عليه الصلاة والسلام : فانتبذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان ينتبذوا أنه كان يريقه في اليوم الثانى أو الثالث واختلفوا من ذلك في مسئلتين ، إحداهما في الاوانى التى ينتبذ فيها ، والثانية في انتباذ شئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب .

(فاما المسئلة الاولى) فانهم أجمعوا على جواز الانتباذ في الاسقية واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباذ في الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثورى الانتباذ في الدباء والحتم والنقير والمزفت وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بالانتباذ في جميع الظروف والاوانى • وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك أنه ورد من طريق ابن عباس النهى عن الانتباذ في الاربع التى كرهها الثورى وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ أن النبى عليه الصلاة والسلام : نهى عن الانتباذ في الدباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سمك انه قال كنت نهيتكم أن تنبذوا في الدباء والحتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا أحل مسكرا وحديث أبى سعيد الخدرى الذى رواه مالك في الموطأ وهو أنه عليه الصلاة والسلام قال : كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام فمن رأى أن النهى المتقدم الذى نسخ إنما كان نهيا عن الانتباذ في هذه الاوانى اذا لم يعلم ههنا نهى متقدم غير ذلك قال يجوز الانتباذ في كل شئ ومن قال ان النهى المتقدم الذى نسخ إنما كان نهيا عن الانتباذ مطلقا قال بقى النهى عن الانتباذ في هذه الاوانى فمن اعتمد في ذلك حديث ابن عمر قال بالآيتين المذكورتين فيه ومن اعتمد في ذلك حديث ابن عباس قال بالاربعة لانه يتضمن مزيدا والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر إنما هي من باب دليل الخطاب وفي كتاب مسلم النهى عن الانتباذ في الحتم وفيه أنه رخص لهم فيه إذا كان غير مرفق .

(وأما المسئلة الثانية) وهي انتباذ الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التى من شأنها أن تقبل الانتباذ وقال قوم بل الانتباذ مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهما حرام وان لم يكونا مما يقبلان الانتباذ فيما

احسب الان في السبب في اختلافهم ترددهم في هل النهى الوارد في ذلك هو على الكراهية أو على الحظر وإذا قلنا انه على الحظر فهل يدل على فساد المنهى عنه أم لا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن أن يخلط التمر والزبيب الز هو والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها انه قال عليه الصلاة والسلام لا تتبذوا الز هو والزبيب جميعاً ولا التمر والزبيب جميعاً وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج في ذلك بحسب التأويل الاقويل الثلاثة، قول بتحريمه، وقول بتحليله مع الاثم في الانتباز، وقول بكراهية ذلك، وأما من قال انه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الارباب لا يتبذوا في حديث أبي سعيد الخدري. وأما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع هو الاختلاط لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة في النيذ واما أن يكون قد تمسك بعموم ما ورد انه نهى عن الخليطين. وأجمعوا على أن الحظر اذا تخللت من ذاتها جازاً أكلها واختلفوا اذا قصد تخليلها على ثلاثة أقوال التحريم والكراهية والاباحة. وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر واختلافهم في مفهوم الآثر وذلك أن أبا داود خرج من حديث أنس بن مالك ن أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورثوا خيراً فقال : أهرقها قال أفلا أجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهى لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا أن لا تحريم أيضاً على مذهب من يرى أن النهى لا يعود بفساد المنهى والقياس المعارض للحل الحل على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الاحكام المختلفة انما هي لذوات المختلفة وأن الحظر غير ذات الحل والحل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الحظر الى ذات الحل اوجب أن يكون حلالاً كيف ما انتقل .

(الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطرار) والاصل في هذا الباب قوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) والنظر في هذا الباب في السبب المحلل وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذي أعني اذا لم يجد شيئاً حلالاً يتغذى به وهو لا خلاف فيه وهو أما السبب الثاني طلب البرء وهذا المختلف فيه فمن أجاز له احتيج باباحة النبي عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكمة به ومن منعه فلمقوله عليه الصلاة والسلام ان : الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها وأما جنس الشيء المستباح فهو كل شيء محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف في الحظر عندهم هو من قبل التداوى بها لا من قبل استعمالها في التغذي ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربها ان كان منها رى وللشرق أن يزيل شرقه بها . وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعي وأبو حنيفة

لا يأكل منها الا ما يمسك الرمي وبه قال بعض أصحاب مالك رحمهم الله وسبب الاختلاف هل
المباح له في حال الاضطرار هو جميعها أم ما يمسك الرمي فقط والظاهر انه جميعها
لقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) وانفق مالك والشافعي على انه لا يحل
للمضطر أكل الميتة اذا كان عاصبا بسفره لقوله تعالى (غير باغ ولا عاد) وذهب غيره
الى جواز ذلك .

❦ تم الجزء الاول ويليه الجزء الثاني وأوله كتاب النكاح ❦



فهرست

الجزء الاول

(من كتاب)

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

(للامام ابن رشد)

صحيفة

- | | |
|----|----------------------------|
| ٢ | خطبة الكتاب |
| ٥ | (كتاب الطهارة من الحدث) |
| ٥ | (كتاب الوضوء) |
| ٥ | (الباب الاول) |
| ٦ | (الباب الثانى) |
| ٦ | المسئلة الاولى من الشروط |
| ٧ | المسئلة الثانية من الاحكام |
| ٧ | « الثالثة من الاركان |
| ٨ | « الرابعة من تحديد المحال |
| ٨ | « الخامسة من التحديد |
| ٩ | « السادسة من التحديد |
| ٩ | « السابعة من الاعداد |
| ١٠ | « الثامنة من تعيين المحال |
| ١١ | « التاسعة من الاركان |

صحيفة

المسئلة العاشرة من الصفات	١١
الحادية عشرة من الشروط	١٣
الثانية عشرة من الشروط	١٣
الاولى في جواز المسح على الخفين	١٤
الثانية في تحديد المحل	١٤
الثالثة وأما نوع محل المسح	١٥
الرابعة وأما صفة الخف	١٥
الخامسة وأما التوقيت لمخ	١٦
السادسة وأما شروط المسح لمخ	١٦
السابعة فأما نواقض هذه الطهارة لمخ	١٧
(الباب الثالث في المياه)	١٨
المسئلة الاولى اختلفوا في الماء اذا خالطه نجاسة لمخ	
الثانية الماء الذي خالطه زعفران لمخ	٢١
الثالثة الماء المستعمل في الطهارة لمخ	
الرابعة اتفق العلماء على طهارة المسلمين وبهيمة الانعام	
الخامسة في أسار الطهر لمخ	٢٤
السادسة صار أبو حنيفة الى إجازة الوضوء يليئذ الترفي السفر لمخ	٢٥
(الباب الرابع في نواقض الوضوء)	٢٦
المسئلة الاولى اختلف علماء الامصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من المجدد	
من النجس لمخ	
المسئلة الثانية اختلف العلماء في النوم على أربعة مذاهب	٢٧
الثالثة اختلف العلماء في ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد لمخ	٢٩
الرابعة من الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب لمخ	٣٠
الخامسة اختلف الصدر الاول في ايجاب الوضوء من أكل مامسته النار لمخ	٣١
السادسة شذ أبو حنيفة فأوجب الوضوء من الضحك في الصلاة لمخ	
السابعة شذ قوم فأوجبوا الوضوء من حمل الميت لمخ	
(الباب الخامس)	٣٢
المسئلة الاولى هل الطهارة شرط في مس المصحف أم لا	٣٢

صحيفة

- ٣٢ » الثانية اختلف الناس في ايجاب الوضوء على الجنب النجس
- ٣٣ » الثالثة ذهب مالك والشافعي الى اشتراط الوضوء في الطواف
- » الرابعة ذهب الجمهور الى انه يجوز لغير متوضيء أن يقرأ القرآن ويذكر الله النجس
- (كتاب النفس)
- ٣٤ (الباب الاول وفيه أربع مسائل)
- المسئلة الاولى اختلف العلماء هل من شرط الطهارة امرار اليد على جميع الجسد
- ٣٥ » الثانية اختلفوا هل من شرط الطهارة النية أم لا
- الثالثة اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة
- » الرابعة اختلفوا هل من شرط الطهارة الفور والترتيب أم ليس من شرطها
- ٣٦ (الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة)
- المسئلة الاولى اختلف الصحابة في سبب ايجاب الطهر من الوطء
- ٣٧ الثانية اختلف العلماء في الصفة المعتبرة في كون خروج المني موجبا للطهر
- (الباب الثالث في أحكام هذين الحديثين أعني الجنابة والحيض)
- المسئلة الاولى اختلف العلماء في دخول المسجد للجنب النجس
- ٣٨ » الثانية مس الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه
- » الثالثة قراءة الجنب اختلف الناس في ذلك
- ٣٩ (الباب الاول اتفق المسلمون على ان الدماء التي تخرج من الرحم ثلاثة الخ)
- (الباب الثاني اما معرفة علامات انتقال هذه الدماء النجس)
- ٤٠ المسئلة الاولى اختلف العلماء في أكثر أيام الحيض النجس
- ٤١ » الثانية ذهب مالك وأصحابه في الحائض التي تقطع حيضها النجس
- » الثالثة اختلفوا في أقل النفاس وأكثره النجس
- ٤٢ » الرابعة اختلف الفقهاء هل اللم الذي ترى الحامل هو حيض أم استحاضة النجس
- ٤٣ » الخامسة اختلف الفقهاء في الصفرة والكدرة هل هي حيض أم لا
- ٤٤ المسئلة السادسة اختلف الفقهاء في علامة الطهر الخ
- » السابعة اختلف الفقهاء في المستحاضة الخ
- ٤٥ (الباب الثالث) في معرفة أحكام الحيض والاستحاضة
- المسئلة الاولى اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض الخ
- ٤٦ » الثانية اختلفوا في وطء الحائض في طهرها وقبل الاغتسال الخ

صفحة	
٤٦	« الثالثة اختلف الفقهاء في الذي يأتي امرأته وهي حائض الخ
٤٦	« الرابعة اختلف العلماء في المستحاضة الخ
٤٧	« الخامسة اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة الخ
٤٩	(كتاب التيمم)
٤٩	(الباب الاول) اتفق العلماء على ان هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى
٥٠	(الباب الثاني) فيمن تجوز له هذه الطهارة الخ
٥٢	(الباب الثالث) في معرفة شروط هذه الطهارة الخ
	المسئلة الاولى اتفق الجمهور على ان النية فيها شرط
	« الثانية في أن مالك اشترط الطلب
	« الثالثة في اشتراط دخول الوقت
٥٣	(الباب الرابع) في صفة هذه الطهارة وفيه ثلاث مسائل
	المسئلة الاولى اختلف الفقهاء في حد الايدي الخ
٥٤	« الثانية اختلف العلماء في عدد الضربات الخ
	« الثالثة اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة الخ
٥٥	(الباب الخامس) فيما تصنع به هذه الطهارة الخ
٥٦	(الباب السادس) وأما نواقض هذه الطهارة الخ وفيه مسائل
	المسئلة الاولى فذهب مالك فيها الخ
	« الثانية فان الجمهور ذهبوا الى أن وجود الماء ينقضها الخ
٥٧	(الباب السابع) اتفق الجمهور على أن الافعال التي هذه الطهارة شرط في صحتها الخ
	(كتاب الطهارة من النجس)
٥٨	(الباب الاول في معرفة هذه الطهارة)
٥٩	(الباب الثاني في أنواع النجاسات)
	المسئلة الاولى اختلفوا في ميتة الحيوان
٦٠	« الثانية وكما اختلفوا في أنواع الميتات كذلك اختلفوا في أجزاء ما اتفقوا عليه الخ
٦١	« الثالثة اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة
٦٢	« الرابعة اتفق العلماء على أن دم الحيوان البري نجس
	« الخامسة اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم
٦٣	« السادسة اختلف الناس في قليل النجاسات

صفحة	
٦٣	• السابعة اختلفوا في المنى هل هو نجس أم لا
٦٤	(الباب الثالث) في المحال التي تزال عنها النجاسات
	(الباب الرابع) في الشيء التي به تزال النجاسة
٦٦	(الباب الخامس) في الصفة التي بها تزول
٦٧	(الباب السادس) في آداب الاستنجاء ودخول الميلاء
٦٩	(كتاب الصلاة) وفيه مسائل
٦٩	المسئلة الاولى في وجوبها من الكتاب والسنة والاجماع
	• الثانية في عدد الواجب منها
٧٠	• الثالثة تجب على المسلم البالغ
	• الرابعة وأما ما الواجب على من تركها عمدا الخ
٧١	الجملة الثانية في الشروط
	(الباب الاول) وفيه فصلان
	(الفصل الاول) في الاوقات الموسعة والمختارة
٧٢	المسئلة الاولى اتفقوا على أن اول وقت الظهر الخ
٧٣	• الثانية اختلفوا من صلاة العصر
٧٤	• الثالثة اختلفوا في المغرب
	• الرابعة اختلفوا من وقت العشاء الآخرة
٧٥	المسئلة الخامسة اتفقوا على أن أول وقت الصبح الخ
٧٦	القسم الثاني من الفصل الاول من الباب الاول وفيه مسائل
	المسئلة الاولى اتفق مالك والشافعي
٧٧	• الثانية اختلف مالك والشافعي الخ
٧٨	• الثالثة وأما هذه الاوقات أعني أوقات الضيق
٧٩	الفصل الثاني من الباب الاول في الاوقات المنهي عن الصلاة
	المسئلة الاولى اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهي عن الصلاة
٨٠	• الثانية اختلف العلماء في الصلاة التي لا تمحوز في
٨١	(الباب الثاني) في معرفة الاذان والإقامة
٨٢	الفصل الاول وفيه أقسام
	القسم الاول في صفة الاذان

صفحة

٨٣	القسم الثاني في حكم الاذان
	القسم الثالث في وقت الاذان
٨٤	القسم الرابع في شروط الاذان
٨٥	القسم الخامس فيما يقوله السامع للمؤذن
	الفصل الثاني في الاقامة

صفحة	
١٠٣	(الفصل الثاني) في الافعال التي هي أركان وفيه ثمان مسائل
١٠٣	المسئلة الاولى اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة
١٠٥	• الثانية ذهب أبوحنيفة الى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب
	• الثالثة اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس
١٠٦	• الرابعة اختلف العلماء في اتجلسة الوسطى والاخيرة
١٠٧	• الخامسة اختلف العلماء في وضع اليدين احدهما على الاخرى في الصلاة
	• السادسة اختار قوم إذا كان الرجل في وتر من صلاته أن لا ينهض حتى يستوى قاعداً الخ
	• السابعة اتفق العلماء على أن السجود يكون على سبعة أعضاء
١٠٩	الثامنة اتفق العلماء على كراهية الاقماء في الصلاة
	(الباب الثاني) وفيه فصول سبعة
١١٠	(الفصل الاول) وفيه مسثلتان
	المسئلة الاولى هل صلاة الجماعة سنة أو فرض على الكفاية
١١١	المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه ان يصلي مع الجماعة أم لا
١١٢	(الفصل الثاني) وفيه مسائل أربع
	المسئلة الاولى اختلفوا فيمن أولى بالامامة
١١٣	• الثانية اختلف الناس في امامة الصبي
	• الثالثة اختلفوا في امامة الفاسق
	• الرابعة اختلفوا في امامة المرأة
١١٥	(الفصل الثالث) في مقام المأموم من الامام وأحكام المأموم الخاصة به وفيه خمس مسائل
	المسئلة الاولى جمهور العلماء على ان سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام
١١٦	• الثانية أجمع العلماء على ان الصف الاول مرغّب فيه
	• الثالثة اختلف الصدر الاول في الرجل يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل يسرع المشى الى المسجد
١١٧	• الرابعة متى يستحب أن يقام الى الصلاة
	• الخامسة ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اقل

- خاف قوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل الصف الاول ان له أن يركع
- ١١٧ (الفصل الرابع) في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام
- ١١٨ المسئلة الثانية في صلاة القائم خلف القاعد
- ١٢٠ (الفصل الخامس) في صفة الاتباع
- (الفصل السادس) اتفقوا على انه لا يحمل الامام عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة ما عدا القراءة
- ١٢١ (الفصل السابع) اتفقوا على انه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فقطع ان صلاة المأمومين ليست تفسد الخ
- ١٢٢ (الباب الثالث) من الجملة الثالثة وفيه أربعة فصول
- (الفصل الاول) في وجوب الجمعة الخ
- ١٢٣ (الفصل الثاني) في شروط الجمعة
- ١٢٤ (الفصل الثالث) في أركان الجمعة
- المسئلة الاولى في الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا
- المسئلة الثانية واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المجزئ منها
- ١٢٦ ٠ الثالثة اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يخطب الخ
- ١٢٧ ٠ الرابعة اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر
- ١٢٨ (الفصل الرابع) في أحكام الجمعة وفيه أربع مسائل
- المسئلة الاولى اختلفوا في ظهر الجمعة
- ١٣٠ (الباب الرابع) في صلاة السفر وفيه فصلان
- (الفصل الاول) في القصر
- ١٣٣ (الفصل الثاني) في الجمع وفيه ثلاث مسائل
- المسئلة الاولى في جوازه
- ١٣٥ ٠ الثانية في صفة الجمع
- ٠ الثالثة في مبيحات الجمع
- ١٣٧ (الباب الخامس) في صلاة الخوف
- ١٣٩ (الباب السادس) من الجملة الثالثة في صلاة المريض
- الجملة الرابعة وفيها ثلاثة أبواب

- ١٤٠ (الباب الاول) في الاسباب التي تقتضى الاعادة وفيه مسائل
المسئلة الاولى اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة الخ
- ١٤١ « الثانية اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شيء بين يدي المصلي
إذا صلى لغير سترة وصر بينه وبين السترة
المسئلة الثالثة اختلفوا في النفخ في الصلاة على ثلاثة أقوال
« الرابعة اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم
« الخامسة اختلفوا في صلاة الحاقن
- ١٤٢ « السادسة اختلفوا في رد سلام المصلي عن سلم
(الباب الثاني) في القضاء
١٤٣ المسئلة الاولى وفيها ثلاثة أقوال
« الثانية إذا سها عن اتباع الامام في الركوع الخ
« من المسائل الاول التي هي أصول هذا الباب وهل اتيان المأموم بمقامته من
الصلاة مع الامام أداء أو قضاء
١٤٤ المسئلة الثالثة متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام في الانباع وفيها مسائل
« الاولى متى يكون مدركا لصلاة الجمعة
١٤٥ (الباب الثالث) من الجملة الرابعة في سجود السهو وفيه ستة فصول
١٥٠ (الفصل الاول) اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض أو سنة
(الفصل الثاني) اختلفوا في مواضع سجود السهو
١٥٢ (الفصل الثالث) وأما الاقوال والأفعال التي يسجد لها الخ
١٥٤ (الفصل الرابع) في صفة سجود السهو
(الفصل الخامس) اتفقوا على أن سجود السهو من سنة المنفرد والامام
١٥٥ (الفصل السادس) اتفقوا على أن السنة لمن سها في صلاته أن يسبح له الخ
١٥٦ (كتاب الصلاة الثاني)
(الباب الاول) القول في الوتر
(الباب الثاني) في ركعتي الفجر
١٦٣ (الباب الثالث) في النوافل
(الباب الرابع) في ركعتي دخول المسجد
١٦٤ (الباب الخامس) أجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغوب فيه الخ

محيبة

- ١٦٥ (الباب السادس) في صلاة الكسوف وفيه خمس مسائل
المسئلة الاولى ذهب مالك والشافعي وجمهور أهل الحجاز وأحمدان صلاة الكسوف
ركعتان الخ
- ١٦٦ لمسئلة الثانية اختلفوا في القراءة فيها
- ١٦٧ « الثالثة اختلفوا في الوقت الذي تصلى فيه
الرابعة اختلفوا أيضا هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة
- ١٦٨ « الخامسة اختلفوا في كسوف القمر
(الباب السابع) في صلاة الاستسقاء
- ١٧٠ (الباب الثامن) في صلاة الميدين
- ١٧٤ (الباب التاسع) في سجود القرآن
- ١٨٧ (كتاب أحكام الميت)
(الباب الاول) يستحب ان يلحق الميت
- ١٧٨ (الباب الثاني) في غسل الميت وفيه فصول أربعة
(الفصل الاول) في حكم الغسل
- (الفصل الثاني) في الاموات الذين يجب غسلهم
- ١٧٩ (الفصل الثالث) فيمن يجوز أن يغسل الميت
- ١٨١ (الفصل الرابع) في صفة الغسل وفيه مسائل
المسئلة الاولى هل ينزع عن الميت قميصه
« الثانية قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت
- ١٨٢ « الثالثة اختلفوا في اتوقيت في الغسل
- ١٨٣ (الباب الثالث) في الاكفان
- ١٨٤ (الباب الرابع) في صفة المشي مع الجنابة
- ١٨٥ (الباب الخامس) في صلاة الجنابة وفيه فصول
(الفصل الاول) في صفة صلاة الجنابة وفيه مسائل
- المسئلة الاولى اختلفوا في عدد التكبير في الصدر الاول
« الثانية اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنابة
- ١٨٦ « الثالثة اختلفوا في التسليم من الجنابة
« الرابعة اختلفوا أين يقوم الامام من الجنابة

صحيفه

- ١٨٧ » الخامسة اختلفوا في ترتيب جنائز الرجال والنساء
- ١٨٨ » السادسة اختلفوا في الذي يفوته بعض التكبير على الجنائز
- » السابعة اختلفوا في الصلاة على القبر
- ١٨٩ (الفصل الثاني) فيمن يصلي عليه ومن أولى بالتقديم
- ١٩١ (الفصل الثالث) في وقت الصلاة على الجنائز
- (الفصل الرابع) في مواضع الصلاة
- ١٩٢ (الفصل الخامس) في شروط الصلاة على الجنائز
- (الباب السادس) في الدفن
- ١٩٣ (كتاب الصيام) وفيه قسمان أحدهما في الصوم الواجب والآخر في المندوب إليه
- الركن الاول وفيه قسمان
- ١٩٩ الركن الثاني وهو الامساك
- ٢٠٠ الركن الثالث النية
- ٢٠٢ القسم الثاني من الصوم المفروض وفيه مسائل
- ٢٠٣ المسئلة الاولى في صيام المريض والمسافر
- المسئلة الثانية هل الصوم أفضل أو الفطر
- ٢٠٤ » الثالثة هل الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود أو غير محدود
- » الرابعة متى يفطر المسافر ومتى يمك
- ٢٠٥ » الخامسة هل يجوز لفائهم في رمضان أن ينشئ سفرأ ثم لا يصوم فيه
- ٢٠٩ » المسئلة الاولى بعضهم أوجب أن يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء
- » الثانية اذا جامع ناسياً لصومه
- » الثالثة اختلفوا في وجوب الكفارة على المرأة اذا طأعته على الجماع
- » الرابعة هل هذه الكفارة مرتبة أو على التحير . ٢١١ المسئلة الخامسة
- اختلفوا في مقدار الاطعام . المسئلة السادسة في تكرار الكفارة بتكرار الافطار
- ٢١٢ المسئلة السابعة هل يجب عليه الاطعام اذا أيسر وكان معسراً في وقت الوجوب
- ٢١٣ » كتاب الصيام الثاني وهو المندوب إليه
- ٢١٧ » كتاب الاعتكاف
- ٢٢٢ » كتاب الزكاة وفيه خمس جمل
- الجملة الاولى في معرفة من تجب عليه وفيها مسائل

حجفة

- ٢٢٤ المسئلة الاولى في زكاة الثمار المحبسة الاصول
- المسئلة الثانية في الارض المستأجرة على من تجب زكاة ما يخرج منه
- ٢٢٦ المسئلة الثالثة اذامات بعد وجوب الزكاة عليه
- ٢٢٧ الجملة الثانية في معرفة ما تجب فيه من الاموال
- ٢٣٠ الجملة الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب وفيها فصول
- (الفصل الاول) في المقدار الذي تجب فيه الزكاة من الفضة
- ٢٣٢ المسئلة الاولى اختلفوا في نصاب الذهب
- الثانية اختلفوا فيما زاد على النصاب فيها
- ٢٣٢ • الثالثة يضم الذهب الى الفضة في الزكاة
- ٢٣٣ • الرابعة عند مالك وأبي حنيفة ان الشربكين لبس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب
- الخامسة اختلفوا في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه
- ٢٣٤ (الفصل الثاني) في نصاب الابل ولواجب فيه وفيه مسائل.
- المسئلة الاولى اختلفوا فيما زاد على المائة وعشرين . ٢٣٥ المسئلة الثانية اذا عدم السن الواجب
- ٢٣٥ الثالثة هل تجب في صغار الابل ٢٣٦ (الفصل الثالث) في نصاب البقر وقدر الواجب فيه
- ٢٣٦ (الفصل الرابع) في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك
- ٢٣٩ (الفصل الخامس) في نصاب الجبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك وفيه مسائل
- ٢٤٠ المسئلة الاولى اجمعوا على أن الصنف الواحد من الجبوب والتمر يجمع جيده وورديته وتؤخذ الزكاة عن جميعه المسئلة الثانية في تقدير النصاب بالحرص
- ٢٤١ المسئلة الثالثة قال مالك وأبو حنيفة يحسب على الرجل ما أكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب
- ٢٤٢ (الفصل السادس) في نصاب العروض ٢٤٣ الجملة الرابعة في وقت الزكاة وفيها مسائل
- ٢٤٣ المسئلة الاولى هل يشترط الحول في المعدن ٢٤٤ المسئلة الثانية في اعتبار حول ربح المال
- الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة
- ٢٤٥ • الرابعة في اعتبار حول الدين ٢٤٦ المسئلة الخامسة في اعتبار حول العروض
- ٢٤٦ • السادسة في حول فائدة الماشية • المسئلة السابعة في حول نسل الغنم
- الثامنة في جواز اخراج الزكاة قبل الحول
- ٢٤٧ الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة وفيها ثلاثة فصول

حجفة

- ٢٤٧ (الفصل الاول) في عدد الاصناف الذين تجب لهم وفيه مسئلتان
المسئلة الاولى هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد
التيانية هل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا
٢٤٨ (الفصل الثاني) في صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة
٢٤٩ (الفصل الثالث) في مقدار ما يعطى من ذلك
(كتاب زكاة الفطر) وفيه فصول ٢٥٠ (الفصل الاول) في معرفة حكمها
٢٥٠ (الفصل الثاني) في معرفة من تجب عليه
٢٥٢ (الفصل الثالث) كم تجب عليه وما ذاتجب عليه
(الفصل الرابع) متى تجب عليه ٢٥٣ (الفصل الخامس) من تجوز له
٢٥٣ (كتاب الحج) وفيه ثلاثة أجناس
الجلس الاول يشتمل على شيئين معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب
٢٥٧ القول في المجلس الثاني وهو تعريف أفعال هذه العبادة
٢٥٨ القول في شروط الاحرام ٢٥٩ القول في ميقات الزمان ٢٦٠ القول في التروك
٢٦٤ القول في أنواع هذا السك
القول في شرح أنواع هذه المناسك
القول في التمتع
٢٦٦ القول في القارن
٢٦٨ القول في الاحرام
٢٧٠ القول في الطواف بالبيت
القول في الصفة
٢٧٢ القول في شروطه
٢٧٣ القول في أعداد وأحكامه
٢٧٤ القول في السعى بين الصفا والمروة
القول في حكمه. القول في صفته
٢٧٥ القول في شروطه. القول في ترتيبه الخروج الى عرفة
٢٧٦ الوقوف بعرفة - ٢٧٧ القول في شروطه
٢٧٨ القول في أفعال المزدلفة
٢٧٩ القول في رمي الجمار

صحيفة

- ٢٩٣ القول في كفارة المتمتع
- ٢٨٢ القول في المجلس الثالث
- القول في الاحصار
- ٢٨٥ القول في أحكام جزاء الصيد
- ٢٩٠ القول في فدية الاذى وحكم الجائع رأيه قبل محل الحلق
- ٢٩٧ القول في الكفارات المسكوت عنها
- ٢٩٩ القول في الهدى - ٣٠٣ (كتاب الجهاد) وفيه جملتان
- ٣٠٣ الجملة الاولى في معرفة أركان الحرب وفيها سبعة فصول
- (الفصل الاول) في معرفة حكم هذه الوظيفة ولئن تلزم
- ٣٠٤ (الفصل الثاني) في معرفة الذين يحاربون
- (الفصل الثالث) فيما يجوز من النكاح في العدو
- ٣٠٨ (الفصل الرابع) في معرفة شروط الحرب
- (الفصل الخامس) في معرفة عدد الذين لا يجوز الفرار عنهم
- (الفصل السادس) هل تجوز المهادنة
- ٣٠٩ (الفصل السابع) لماذا يحاربون - ٣١٠ الجملة الثانية وفيها سبعة فصول
- ٣١١ (الفصل الاول) في حكم الخمس - ٣١٢ (الفصل الثاني) في حكم الاربعة الاخماس:
- ٣١٥ (الفصل الثالث) في حكم الانفال وفيه مسائل
- المسئلة الاولى قوم قالوا يكون من الخمس الواجب لبيت المال
- ٣١٦ • الثانية في مقدار ما للامام أن ينقل من ذلك
- الثالثة هل يجوز الوعد بالتنفيذ قبل الحرب أم لا
- الرابعة هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب
- ٣١٧ (الفصل الرابع) في أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار
- ٣١٩ (الفصل الخامس) اختلفوا فيما افتتح المسلمون من الارض عنوة
- ٣٢١ (الفصل السادس) في قسمة الفئ
- ٣٢٢ (الفصل السابع) في الجزية وفيه ست مسائل
- المسئلة الاولى فيمن يجوز أخذ الجزية منه
- الثانية على أي الاصناف منهم تجب الجزية . المسئلة الثالثة كم الواجب
- ٣٢٣ • كم أصناف الجزية

- ٣٢٤ ، السادسة فيماذا تصرف الجزية
- ٣٢٥ (كتاب الايمان) وفيه جملتان
- الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان وفيها ثلاثة فصول
- الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة
- وتميزها من غير المباحة
- ٣٢٦ (الفصل الثانى) في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة
- ٣٢٧ (الفصل الثالث) في معرفة الايمان التى تعرفها الكفارة والى لا ترفعها
- وفيه أربع مسائل
- المسئلة الاولى اختلفوا في الايمان بالله المنعقدة
- » الثانية اختلف العلماء فيمن قال أنا كافر
- ٣٢٨ » الثالثة اتفق الجمهور في الايمان التى ليست أقساما بشئ
- ٣٢٩ » الرابعة اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد . الجملة الثانية وفيها قسمان
- (القسم الاول) وفيه فصلان
- (الفصل الاول) في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين وفيه مسائل
- المسئلة الاولى في اشتراط اتصاله بالمقسم
- ٣٣٠ » الثانية هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين
- (الفصل الثانى) من القسم الاول ٣٣١ (القسم الثانى) من الجملة الثانية وفيه فصول
- (الفصل الاول) في موجب الحنت وشروطه وأحكامه وفيه مسائل
- ٣٣٢ المسئلة الاولى مالك يرى السامى والمكرمه بمنزلة العامد
- » الثانية مثل أن يحلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه
- » الثالثة مثل أن يحلف على شئ . بعينه ويفهم منه القصد إلى معنى أعم
- من ذلك الشئ .
- » الرابعة اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في الدعاوى
- ٣٣٣ (الفصل الثانى) اتفقوا على أن الكفارة في الايمان هي الاربعة الانواع التى
- ذكر الله في كتابه في قوله تعالى (فكفارته) الآية وفيه مسائل
- المسئلة الاولى في مقدار الاطعام - ٣٣٤ المسئلة الثالثة في المجزى من الكسوة
- ٣٣٤ » الثالثة وهي اختلافهم في اشتراط تتابع الايام الثلاثة في الصيام
- ٣٣٤ المسئلة الرابعة وهي اشتراط العدد في المساكين

صحيفة

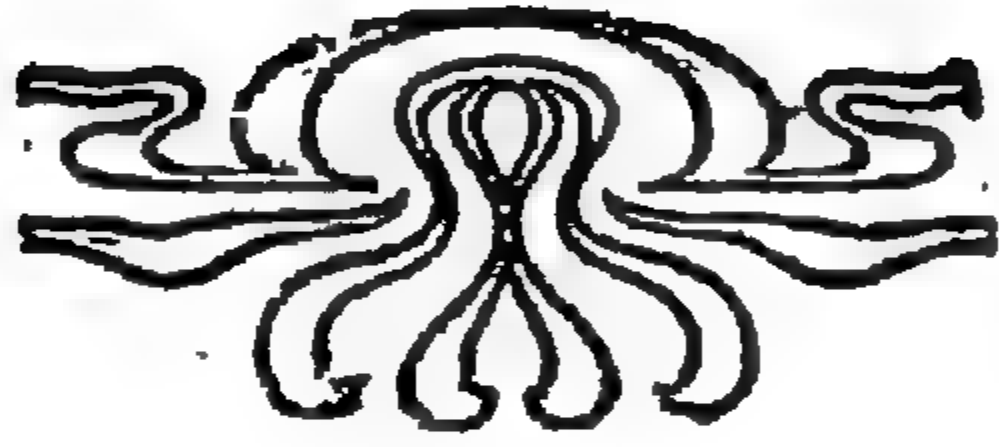
- ٣٣٥ • الخامسة وهي اشتراط الاسلام والحرية في الساكنين
- السادسة هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب
- السابعة وهي اشتراط الايمان في الرقبة
- (الفصل الثالث) متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه
- ٣٣٧ • (كتاب النذور) وفيه ثلاثة فصول ٠ - (الفصل الاول) في أصناف النذور
- (الثاني) فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجلة أحكامها وفيه مسئلتان
- ٣٣٨ • المسألة الاولى اختلفوا فيمن نذر معصية
- ٣٣٩ • الثانية اختلفوا فيمن حرم على نفسه شيئا من المباحات
- (الفصل الثالث) في معرفة النذر الذي يلزم عنها وأحكامها وفيه مسائل
- المسئلة الاولى اختلفوا في الواجب في النذر المطلق
- ٣٤٠ الثانية اتفقوا على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله
- الثالثة اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي في حج أو عمرة فيمن نذر أن
- يمشي الى مسجد اتفقوا على لزوم المشي الى بيت الله عليه وسلم
- ٣٤١ الرابعة اختلفوا في الواجب على من نذر أن يذبح ابنه في مقام ابراهيم
- ٣٤٢ الخامسة اتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل
- من سبل البر أنه يلزمه الخ
- ٣٤٣ (كتاب الضحايا) وفيه أربعة أبواب (الباب الاول) في حكم الضحايا ومن مخاطبها
- ٣٤٤ (الباب الثاني) في أنواع الضحايا وصفاتها وأسمائها وعددها وفيه مسائل
- المسئلة الاولى أجمع العلماء على جواز الضحايا عن جميع بهيمة الانعام
- الثانية في تمييز الصفات
- ٣٤٦ الثالثة في معرفة السن
- ٣٤٧ الرابعة في العدد
- ٣٤٨ (الباب الثالث) يتعلق بالذبح المختص بالضحايا • المسئلة الاولى في ابتدائه
- (الثانية في انتهائه ٣٥٠ الثالثة اختلافهم في الليالي التي تتخلل أيام النحر
- ٣٥٠ (الباب الرابع) في أحكام لحوم الضحايا ٣٥١ (كتاب النبائح وفيه خمس أبواب
- ٣٥١ (الباب الاول) في معرفة محل الذبح والنحر وفيه مسائل
- ٣٥٢ المسئلة الاولى في المنخقة والموقودة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع
- ٣٥٣ الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الاكل المسئلة الثالثة في تأثير الزكاة في المريضة

صحيفة

- ٣٥٤ » الرابعة هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا
المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة أم لا
» السادسة هل للحیوان الذى يأوى فى البرثارة وفى البحر ثارة ذكاة أم لا
(الباب الثانى) فى الذكاة وفيه مسئلتان
المسئلة الاولى فى أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام
٣٥٦ » الثانية فى صفة الذكاة وفيها مسائل
» الاولى المشهور عن مالك فى ذلك هو قطع الودجين والحلقوم
» الثانية يشترط قطع الحلقوم أو المرى
٣٥٧ » الثالثة فى موضع القطع
» الرابعة وهى ان قطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق لا يجوز
(الخامسة فى تمادى الذابح بالذبيح حتى يقطع النخاع
» السادسة هل من شرط الذكاة أن تكون فى فور واحد
٣٥٨ (الباب الثالث) فيما تكون به الذكاة
(الباب الرابع) فى شروط الذكاة وفيه ثلاث مسائل
٣٥٩ المسئلة الاولى فى اشتراط التسمية
» الثانية فى اشتراط القبلة (الثالثة فى اشتراط النية
٣٦٠ (الباب الخامس) فىمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز وفيه مسائل
المسئلة الاولى فى ذبائح أهل الكتاب
المسئلة الثانية فى ذبائح نصارى بنى تغلب والمرتدين
٣٦١ » الثالثة اذا لم يعلم ان أهل الكتاب سموا على الذبيحة
٣٦٣ (كتاب الصيد) وفيه اربعة أبواب
(الباب الاول) فى حكم الصيد وفى محل الصيد
٣٦٤ (الباب الثانى) فيما به يكون الصيد
٣٦٧ (الباب الثالث) فى معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها
٣٧٠ (الباب الرابع) فى شروط القافص
(كتاب العقبة)
٣٧٧ (كتاب الاطعمة والاشربة) وفيها جملتان
الجملة الاولى تذكر فيها المحرمات فى حال الاختيار وفيه مسائل

٣٧٥. المسئلة الأولى في السباع ذوات الأربع
٣٧٦. الثانية اختلفوا في ذوات الحافر الانسى
• الثالثة اختلفوا في الحيوان المأثور بقتله في الحرم
٣٨٥. مسألة في جواز الانتباز في الاسقية
مسألة في انتباز الخليطين
١٨١ الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطراب

(تمت)



الجزء الثانى

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولى القاضى أبى الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسى
الشهير (بابن رشد الحفيد) المتوفى

سنة ٥٩٥ هجرية رحمه

الله تعالى

الطبعة الاولى

على نفقة شركة المطبوعات العربية

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفضل بقراءتها صاحب الفضية الاستاذ

الشيخ محمد شاکر وکیل مشیخة الازهر على النسخة الخطية

المحفوطة بدار كتب شعادة أحمد بك تیمور

ادارة شركة المطبوعات العربية بقم يايب البحر

بمسدان محطة مصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب النكاح ﴾

وأصول هذا الكتاب تتحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في مقدمات النكاح ،
الباب الثانى في موجبات صحة النكاح ، الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ،
الباب الرابع في حقوق الزوجية ، الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها والفسادة .

﴿ الباب الاول ﴾

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة
على الخطبة وفي النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فقال قوم هو
مندوب اليه وهم الجمهور . وقال أهل الظاهر هو واجب . وقالت التأخرة من المالكية
هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك
عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت * وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر
به في قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفي قوله عليه الصلاة والسلام :
تناكحوا فاني مكاثر بكم الامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب .
أم على التسدب أم على الاباحية . فاما من قال انه في حق بعض الناس واجب
وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهوالتفات الى المصلحة وهذا النوع
من القياس هو الذى يسمى المرسل وهو الذى ليس له أصل معين يستند اليه وقد
انكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به .

(وأما خطبة النكاح) الروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور أنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة ووافقه من الشافعية أبو عوانة وترجه في صحيحه وباب وجوب الخطبة عند العقد . وسبب الخلاف هل يحمل قوله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فاما الخطبة على الخطبة فان النبي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل وان كان يدل فعلى أى حالة يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك أتولان جميعا ، وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن اقسام إنما منع النبي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح . وأما ان كان الاول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بائض لا في أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها فقال : أما أبو حذيفة فمردل لا يرفع عصاه عن النساء . وأما معاوية فصالح لا يدل له ولكن انكحى أسامة . وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين . والسبب في اختلافهم انه ورد الامر بالنظر الىين مطلقا وورد بالمتع مطلقا وورد مقيدا أعنى بالوجه والكفين على ما قلناه كثير من العلماء في قوله تعالى ولا يبدن زينة الا ما ظهر منها انه الوجه والكفتان قياراً على جواز كشفها في الحج عند الأكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء .

(الباب الثاني في موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان، الركن الاول في معرفة كيفية هذا العقد، الركن الثاني في معرفة محل هذا العقد، الثالث في معرفة شروط هذا العقد .

(الركن الاول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المنعقد به ومن المتبرر رضاه في لزوم هذا العقد هل يجوز تقديمه على الخيار أم لا يجوز وهل ان تراخي القبول من أحد المتعاقدين لازم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور .

(الموضع الاول) الاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والنسب من النساء بالالفاظ وهو في حق الابكار المستأذنيات واقع بالسكوت أعنى الرضا . وأما الردف باللفظ ولا خلاف في هذه الجملة الا ما حكى عن أصحاب الشافعي ان اذن البكر اذا كان المنكح غير أب

ولا جد بالنطق وإنما صار الجمهور الى أن اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : الإيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها وانفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة ، أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فأجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ^{٢٢} وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ انفق اذا فهم المعنى الشرعي من ذلك أعنى انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين ، أحدهما يعتبر فيه رضا المتأخرين أنفسهما أعنى الزوج والزوجة إما مع الولي وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها ، والثاني يعتبر فيه رضا الأولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعد وأصولها فنقول . أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لا أمر أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح

واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصي محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره ^{٢٣} والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب ^{٢٤} وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضى الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام : والثيب تعرب عن نفسها إلا ما حكى عن الحسن البصري . واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجاعة لا بد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المكنسة على أحد القوانين عنه ^{٢٥} وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا المعلوم وذلك أن ما روي عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله : لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة في نفسها خرجه أبو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور : والبكر تستأمر بوجوب عمومته استئمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع أنه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : والبكر يستأذنها أبوها وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب الغير البالغ فإن مالكاً وأبا حنيفة قالاً يجبرها الأب على النكاح وقال الشافعي لا يجبرها وقال المتأخرون أن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول أن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق وهو قول أشهب ، وقول أنه يجبرها وإن بلغت وهو قول سحنون ، وقول أنه لا يجبرها وإن لم تبلغ وهو قول أبي تمام والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه . وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك أن قوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر الا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الثيب أحق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله : لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن يدل بعمومه على ما قاله الشافعي واختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الإجماع وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ وأنه لا يجبر الثيب البالغ الأخلاقاً شاذاً فيهما جميعاً كما قلنا اختلفوا في موجب الإيجاب هل هو البكارة أو الصغر فن قال الصغر قال لا يجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال لا يجبر البكر البالغ ولا يجبر الثيب الصغيرة ومن قل كل واحد منهما بوجوب الإيجاب إذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة والثاني تعليل الشافعي ، والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة واختلفوا في الثبوتية التي ترفع الإيجاب وتتعلق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثبوتية التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لا تكون برضا ولا بنصب وقال الشافعي كل ثبوتية ترفع الإيجاب وتتعلق بهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام : الثيب أحق بنفسها من وليها بالثبوتية الشرعية أم بالثبوتية القفوية وانفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبني بها بنت تسع بنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه الا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة

واختلفوا من ذلك في مسألتين ، أحدهما هل يزوج الصغيرة غير الاب ، والثانية هل يزوج الصغير غير الاب . فاما هل يزوج الصغيرة غير الاب أم لا فقال الشافعي يزوجها الجسد ابو الاب والاب فقط وقال مالك لا يزوجها الا الاب فقط أو من جعل الاب له ذلك اذا عين الزوج الا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت $\frac{2}{3}$ وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام والبكر تستامر واذنها صماها يقتضى العموم في كل بكر الا ذات الاب التى خصصها الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالاب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الجسد فقط لانه في معنى الاب اذ كان أباً أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الاب رأى ان مال الاب في ذلك غير موجود لغيره إما من قبل الشرع أن خصه بذلك واما من قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضى الله عنه وما ذهب اليه أظهر وأقبح أعلم إلا أن يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغير غير الالباء بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفريق الثانى قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : تستامر اليتيمة والمستامرة هى من أهل الاذن وهى البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الاب لها بقوله عليه الصلاة والسلام : تستامر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئثار باتفاق فوجب المنع ولا وُلِّك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من أهل الاستئثار وأما الصغيرة فمسكوت عنها . واما هل يزوج الولى غير الاب الصغير فان مالكاً أجاز له وصى وأباً حنيفة أجاز له الاولياء الا ان أباً حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي لبس لغير الاب انكاحه $\frac{2}{3}$ وسبب اختلافهم قياس غير الاب في ذلك فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملك المرأة ولذلك جعل أبو حنيفة لها الخيار اذا بلغا (وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز $\frac{2}{3}$ والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار

والبيوع التي يجوز فيها الخيار أو نقول ان الأصل في العقود أن لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثلث الخيار الدليل أو نقول ان أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والانكحة لا غرر فيها لان المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولان الحاجة الى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازوه قوم وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير أذنها فيبلغها النكاح فتجيزه . ومن منعه مطلقا الشافعي ومن أجازوه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك . وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

* (الركن الثاني في شروط العقد) *

وفيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في الاولياء ، الثاني في الشهود ، الثالث في الصداق

(الفصل الاول)

والنظر في الاولياء في مواضع أربعة ، الاول في اشتراط الولاية في صحة النكاح ، الموضع الثاني في صحة الولي ، الثالث في أصناف الاولياء وترتيبهم في الولاية وما يتعلق بذلك ، الرابع في عضل الاولياء من بلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

(الموضع الاول) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك الى أنه لا يكون نكاح الابولي وانها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهرى اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفواً جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على انكاحها وكان يستحب ان تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط التمام لامن شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعني أنهم يقولون أنها من شروط الصحة لامن شروط التمام . وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك خص بل الآيات والسنة التي جرت العادة بها احتجاج بها عنده من يشترطها هي كلها محتملة

وكذلك الآيات والسنن التي يحتاج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف في صحتها الاحديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة النعمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك ، فن أظهر ما يحتاج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولولم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن المضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضا ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فلم يهر لها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن . وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) قالوا هذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجا غيره) . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صلاتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيم عن المضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم في صحة العقد لاحقية ولا مجازا أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة او اتص بل قد يمكن ان يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطابا لاولى الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً للاولياء وبالجملة فهو متردد بين ان يكون خطاباً للاولياء أو لاولى الامر فن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه اظهر في خطاب الاولياء منه في أولى الامر . فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوى الامر والاولياء قيل أن هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجعلا لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر

أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيرها عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر لأن هذا مما نعم به البلوى ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر واثقه أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به والظاهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه الاشتراط إذن الولي لمن لها ولي أعني المولى عليها وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الاظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشرط في صحة النكاح اشهاد الولي معها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) فإن المفهوم منه النهي عن التريب عابهن فيما استبددن بفعله دون أولياتهن وليس هنائى يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم أن لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما إضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر في الفرق بين التيب والبكر لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فيما ذالبت شرعى تكون الإيم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهري هو أن يكون موافقا لهذا الحديث أخرى من أن يكون مراضا له ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافيا في العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) هو أظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله تعالى (ولا تمسكوا المشركين حتى يؤمنوا) على أن الولي هو الذى يلي العقد وقد ضعف الحنفية حديث عائشة وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن عليه عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا أيضا في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد

في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال وبشبهه ان يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التأيد مع ان ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق الى اوليائها لئلا يكتفى في ذلك ان يكون للاولياء الفسخ او الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جلس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تاخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فاذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضى ان ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً او قريباً من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يستفد أحد أمرين اما انه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وإنما للاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولى واصنافهم ومراتبهم ولذلك يضاف قول من يبطل عقد الولى الا بعد مع وجود الاقرب .

(الموضع الثانى) وأما النظر في الصفات الموجبة لولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سواها تضاد هذه أعنى الكفر والصغرة والانوثة . واختلفوا في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فاما العبد فالاكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشيد فالمشهور في المذهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى ويقول الشافعى قال أشهب وأبو مصعب في سبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشيد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيداً في المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشيد في المال وهما قسمان كما ترى أعنى أن الرشيد في المال غير الرشيد في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فأيما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة وقد يمكن أن يقال إن الحالة التى بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفاءة غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

(الموضع الثالث) . وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنيئة . واختلفوا في الوصى فقال

حالك يكون الوصى وليا ومنع ذلك الشافعي رحمته وسبب اختلافهم هل صفة الولاية
 -حما يمكن ان يستتاب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في
 النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصى
 وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت. واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند
 مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق
 بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم
 بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان علو ثم الجد وقال
 المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة
 . وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصى عنده
 أولى من ولى النسب أعنى وصى الاب. واختلف أصحابه فيمن أولى وصى الاب أو ولى
 النسب فقال ابن القاسم الوصى أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد
 الحكم الولي أولى وخالف الشافعي مالكا في ولاية البتة فلم يجزها أصلا وفي تقديم الاخوة
 على الجد فقال لا ولاية للابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال
 أيضا الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعتبر التعصيب أعنى ان الولد ليس من
 عصبتها لحديث عمر: لا تنكح المرأة الا باذن وليها أوذى الرأي من أهلها والسلطان ولم يعتبره
 مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم : أمر ابنه
 أن ينكحها اياه ولانهم اتفقوا أعنى مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء
 الواجب للام والولاء عندهم للعصبة رحمته وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم
 فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ. ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ،
 أحدها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل
 الولاية الى الابعد أو الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل
 تنتقل الولاية أولا تنتقل .

(فأما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج
 الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة
 قال للاقرب ان يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب في ابنته
 البكر والوصى في محجورته فإنه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ
 أعنى تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب أو غير الوصى المحجورة مع حضور
 الوصى . وقال الشافعي لا يعقد أحد مع حضور الاب لا في بكر ولا في ثيب *
 وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى أعنى ثابتاً بالشرع في الولاية أم

ليس بحكم شرعى وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الاقرب أم ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الابعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعى ورأى انه حق للولى قال النكاح منعقد فان أجاز الولى جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعنى ان يكون النكاح غير منفسخا غير منعقد .

(وأما المسئلة الثانية) فان مالكا يقول اذا غاب الولى الاقرب انتقلت الولاية الى الابعد وقال الشافعى تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الاب عن ابنته البكر فان في المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة او قربه والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون وأما للامرين جميعا . فاتفق المذهب على أنه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الاب مجهول الموضع أو أسيرا وكانت في صون وتحت نفقة انها أن لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيداً فقبل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما ان عدمت النفقة أو كانت في غير صون فانها تزوج أيضا في هذه الاحوال الثلاثة أعنى في الغيبة البعيدة وفي الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المألومة لمسكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحى الذى انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه تجوز ولاية الابعد مع حضور الاقرب ، فان جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما * واختلفوا اذا دخل الثانى فقال قوم هي للاول وقال قوم هي للثانى وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعى وابن عبد الحكم . وأما ان أنكحها معا فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف * وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أولا اعتباره معارضة الموم لقياس وذلك انه قد روى

انه عليه الصلاة والسلام قال : ائما امرأة أنكحها وليان فهي للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضى انها للاول دخل بها الثانى أو لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضئيف . وأما ان لم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل أحدهما وقال شريح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روى عن عمر بن عبد العزيز .

(الموضع الرابع في عضل الاولياء) وانفقوا على انه ليس للولى ان يعضل وليته اذا دعت الى كف وبصداق مثلها وانما ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ماعدا الاب فانه اختلف فيه المذهب واختلّفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذاك وهل صداق المثل منها أم لا . وكذلك اتفقوا على أن للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كلاب في ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم وكذلك الوصى في محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك الا ماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذا زوجها الاب من شارب الخمر وبالجمل من فاسق ان لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما . وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الخلف بالطلاق . واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالى من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى «ان اكرمكم عند الله اتقاكم» وقال سفيان الثوري وأحمد لا تزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة واصحابه لا تزوج قرشية الامن قرشى ولا عربية الامن عربى وهو السبب في اختلافهم باختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام تتكح المرأة لدينها وجهها ومالها وحسبها . فظاهر بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رأى ان الدين هم المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وانه لا يخرج من ذلك الا ما أخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ولم يختلف المذهب ايضا ان الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعنى اذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك أبو حنيفة . وأما الحرية فلم يختلف المذهب انها من الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخير الامة اذا اعتقت . وأما مهر المثل فان مالكا والشافعى

يربان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعنى البكر وأن الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن تلاولياء مقال وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة ^٢ وسبب اختلافهم أما في الاب فلاختلافهم هل له ان يضع من صداق ابنته البكر شيئاً أم لا . وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا يرتفع عنها في التصرف في النكاح والصداق والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكر أتى الامر بالعكس. ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة وهي هل يجوز للولى ان ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعى قياساً على الحاكم والشاهد أعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة في ذلك الا ما روى من انه عليه الصلاة والسلام : تزوج أم سلمة بغير ولى لان ابنها كان صغيراً وما ثبت انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفة فحمل صداقها عتقها والاصل عند الشافعى في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرته خصوصيته في هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الاعظم .

﴿ الفصل الثانى فى الشهادة ﴾

واتفق أبو حنيفة والشافعى ومالك على ان الشهادة من شرط النكاح وأختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول او شرط صحة يؤمر به عند العقد . واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا اذا شهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر وينسخ، وقال أبو حنيفة والشافعى ليس بسر ^٢ وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعى أم انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف او الالكار فمن قال حكم شرعى قال هي شروط من شروط الصحة ومن قال توثيق قال من شروط التمام والاصل في هذا ما روى عن ابن عباس : لانكاح الا بشاهدى عدل وولى مرشد ولا يخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدار قطنى وذكر أن في سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعى يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة . واما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان ^٢ وسبب اختلافهم هل ماتقع فيه الشهادة

ينطلق عليه اسم السر أم لا والاصل في اشتراط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام : اعلتوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه أبو داود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو نقدت فيه لرجت وقال أبو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح

(الفصل الثالث في الصداق)

والنظر في الصداق في ستة مواضع : الاول في حكمه وادراكه ، الموضع الثاني في تقرر جميعه لازوجه ، الموضع الثالث في تشطيره ، الموضع الرابع في التفويض وحكمه ، الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها ، الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق .
(الموضع الاول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل ، الاولى في حكمه ، الثانية في قدره ، الثالثة في جنسه ووصفه ، الرابعة في تأجيله .

(المسئلة الاولى) اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وقوله تعالى (فאלكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن) .

(المسئلة الثانية) وأما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حد * واختلفوا في أقله فقال الشافعي وأحمد وإسحق وأبو ثور وفقهاء لمدينة من التابعين ليس لأقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنًا وقيمة لشيء . أجاز أن يكون صداقًا وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور في ذلك مذهبان ، أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه . فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدرهم الثلاثة أغنى دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل أو ما يساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما * وسبب اختلافهم في التقدير سببان ، أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الاعراض يستبد فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في السيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موقفاً وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعتها على الدوام يشبه العوض ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة * والسبب الثاني معارضة هذا القياس المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذي لا يقتضى التحديد . أما القياس الذي

يقتضى التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقنة . وأما الاثر الذي يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يا رسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شئ تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك قالتس شيئا فقال لا أجد شيئا فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكما بما معك من القرآن قالوا فقله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد دليل على انه لا قدر لا قله لانه لو كان له قدر لينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى مع أن القياس الذي اعتمدوه القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين ، احدها أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة موقنة وفي كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلحق في الشرع من العبادات ما ليست موقنة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وأيضاً فانه ليس فيه شبه العبادات خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال أن يكون ذلك الاثر خاصاً بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتكما بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض رواياته انه قال قم فعلها لما ذكر أنه معه من القرآن فقام فعلها فجاء نكاحاً باجارة لكن لما التمسوا أصلاً يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبيهاً به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا غرضو مستباح بمال فوجب أن يكون مقدراً أصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل أن الاستباحة فيها هي مقولة باشتراك الاسم وذلك أن القطع غير الوطء وأيضاً فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص خلقة وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذى به تشابه الفرع والاصل شيئاً واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف وانما استعملوه في تعيين قدر التحديد

وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ماخرجه الترمذي ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أَرْضَيْتِ مِنْ نَفْسِكَ وَمَالِكَ بِنَعْلَيْنِ فَقَالَتْ نَعَمْ فَجُوزَ نِكَاحُهَا وَقَالَ هُوَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ * وَلَمَّا انْفَقَ الْقَائِلُونَ بِالتَّحْدِيدِ عَلَى قِيَاسِهِ عَلَى نَصَابِ السَّرْقَةِ اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده ، وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محمداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه قال : لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتاً لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضاً لم يلق جابراً ولذلك لا يمكن أن يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضاً. واختلفوا من ذلك في مكانين في النكاح بالاجارة وفي جعل عتق أمته صداقاً له أما النكاح على الاجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالاجارة ؛ وقول بالمنع ؛ وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أصحابه اصبح وسخنون وهو قول الشافعي ومنعه ابن القاسم وأبو حنيفة الا في العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سيان ، أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر بالعكس فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى : إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانئى حجج * الآية ومن قال ليس بل لازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثاني هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هي مستثناة من بيع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة والاجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وافعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستاجر. وأما كون العتق صداقاً فانه منعه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد في ذلك للاصول أعني ما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفيّة وجعل عتقها صداقاً مع احتمال ان يكون هذا خاصاً به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه

في هذا الباب ووجه مفارقه للاصول أن العتق إزالة ملك والإزالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لأنها إذا اعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي أنها إن كرهت زواجه غرمت له قيمتها لأنه رأى أنها قد اتلفت عليه قيمتها إذ كان إنما اتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لينه عليه الصلاة والسلام والأصل أن أفعاله لازمة لنا الإمام الدليل على خصوصيته رحمته وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف أعني المنضبط جلسه وقدره بالوصف. واختلفوا في العرض الغير موصوف ولأمعين مثل أن يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسيط مما سمي وقال أبو حنيفة يجير على القيمة • وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح أو ليس يبلغ ذلك المبالغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فمن قال يجري في التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجري مجراه إذا المقصود منه إنما هو المكارمة قال يجوز؛ وأما التأجيل فإن قوما لم يجيزوه أصلاً وقوم أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئاً منه إذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه إلا زمن محدود وقدر هذا الإمداد وهو مذهب مالك ومنهم من أجاز له الموت أو فراق وهو مذهب الأوزاعي رحمته وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع التأجيل فلا يكونه عبادة. (الموضع الثاني) في النظر في التقرر وانفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت. أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم أحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية رحمته وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن. فيه دليل مسموعاً إلا انعقاد الإجماع على ذلك. واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والحلوة وهو الذي يعنون بارخاء الستور. فقال مالك والشافعي وداود لا يجب بارخاء الستور إلا نصف المهر ما لم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالحلوة نفسها إن لا يكون محرماً أو مريضاً أو صائماً في رمضان أو كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً رحمته وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المتكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ منه

صداقها شيء في قوله تعالى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض » ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق فقال تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن يمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعني قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا إيجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب إلا بالمسيس والميسس هنا الظاهر من أمره أنه الجماع وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العنين المؤجل أنه قد وجب الصداق لها عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأثيراً في إيجاب الصداق وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو أن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا . واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو إذا اختلفا في المسيس أعني القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل أن تدعى هي المسيس وينكر هو فالشهور عن مالك أن القول قولها وقيل إن كان دخول بناء صدقت وإن كان دخول زيارة لم تصدق وقيل إن كانت بكرأ نظر إليها النساء فيحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله وذلك لأنه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الأكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى إذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع إلى هل إيجاب اليمين على المدعى عليه معمل أو غير معال وكذلك القول في وجوب اليمين على المدعى وسببتي هذا في مكانه (الموضع الثالث في التشاير) وانفقوا اتفاقاً مجملاً أنه إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقاً أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى « فنصف ما فرضتم » الآية ، والنظر في التشاير في أصول ثلاثة في محله من الانكحة وفي موجبه من أنواع الطلاق أعني الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يعرض له من التغيرات قبل الطلاق. أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح أعني أن يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح. وأما النكاح الفاسد فإن لم تكن الفرقة فيه فسحاً وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما موجب التشاير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التي ليست طلاقاً فلا خلاف أنها ليست توجب التشاير إذا كان فيها الفسخ من قبل العتد أو من قبل الصداق وبالجملة

من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها في ذلك اختيار أصلاً . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فإن لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لهادونه لم يوجب التشطير وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التصيف سواء كان من سببها أو سببه وإن ما كان فسخاً ولم يكن طلاقاً فلا تصيف فيه . وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال إنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمسكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح في هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال إنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها . فاما حكم ما يمرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله فإن كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون تلفاً للكل وإما أن يكون نقصاً وإما أن يكون زيادة وإما أن يكون زيادة ونقصاً معاً وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مبدل البيع والمثاق والهبة أو يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تنجز به إلى زوجها فعند مالك إنهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعي أنه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة . وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكاً مستقراً أولاً تملكه فمن قال إنها لا تملكه ملكاً مستقراً قال بها فيه شريكان ما لم تعتمد دخله في منافعها ومن قال تملكه ملكاً مستقراً والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا أنها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف . واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عنها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته : وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني إذا طلقت قبل الدخول وليسيد في أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس ذلك له . وسبب اختلافهم هو الاحتمال والذي في قوله تعالى (إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح) وذلك

في افظة يعفو فاتها يقال في كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكماً زائداً في الآية أي شرعاً زائداً لان جواز ذلك معلوم من ضرورة انشرع ومن جعله الولي إما الأب وإما غيره فقد زاد شرعاً فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك في عصره والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصيراً لعموم قوله تعالى (إلا أن يعفون) واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طاعت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشيء وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق ثم سبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فن قل في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشيء لانه قد قبض الصداق كله ومن قل هو في ذمة المرأة قل يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وقرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقل ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأننا رأينا ان الحق في العين ما لم يقبض فانما قبضت صار في الذمة .

(الموضع الرابع في التفويض) وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى ولا جناح عليكم ان تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضوا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك في موضعين : أحدهما اذا طلبت الزوجة قرض الصداق واختلفا في القدر والموضع الثاني اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا (فاما المسئلة الاولى) وهي اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرأ فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قل لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لان أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح وهو قول أبي حنيفة وأصحابه . وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما ان يفرض ما تطلبه المرأة به واما ان يفرض صداق المثل ويلزمها * وسبب اختلافهم أغنى بين من يوجب مهر المثل عن غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب

اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضاً فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال أولاً يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى (ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ولا خلاف أعلمه في انه اذا طلق ابتداءً انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المنعة مع شطر الصداق اذا طبق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المنعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق في نكاح التفويض وإنما تعرضت لباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يتشطر اذا وقع الطلاق كما يشطر في المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا مات الزوج قبل تسوية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وأصحابه والاوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها المنعة او الميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعي القولان جميعاً الا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك * وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر أما الأثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأى فان كان سواها فمن الله وان كان خطأ فني أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في جروع بليت واشق خرج أبو داود والنسائي والترمذي وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياساً على البيع وقال المزني عن الشافعي في هذه المسئلة ان ثبت حديث جروع فلا حجة في قول أحد مع السنة والذي قاله هو الصواب والله أعلم .

❦ (الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة) ❦

والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل أو عذر. فالذي يفسد لعينه فمثل الخمر والتخزير وما لا يجوز أن يملك والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة .

(المسئلة الاولى) اذا كان الصداق خيرا أو خنزيرا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بيعا شاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك في ذلك روايتان ؛ احدها فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد ، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل * وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا في صحة العقد قال ؛ قضى النكاح ويصح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ولست أذكر الآن فيه نصا .

(المسئلة الثانية) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبدا ويدفع الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور وأجازه أشهب وهو قول أبي حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعدا بامر لا يشك فيه جازه واختلف فيه قول الشافعي فرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه فمن شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها جباة يجبي به الاب على ثلاثة أقوال ؛ فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعي المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه جباة قال لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً لبيع قال يجوز . وأما تمريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط في عقد النكاح ان يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد وخرج النسائي وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت على جباة قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة فلنكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب

مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص في قول مالك وقال أبو عمر بن عبد البر اذله روته الثقات وجب العمل به ،

(المسئلة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت . واختلفوا هل يرجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال أبو حسن اللخمي ولو قيل يرجع بالاقل من القيمة أو صداق المثل لسكان ذلك وجها وثد سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه فمن شبهه قال يفسخ ومن لم يشبهه قال لا يفسخ .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على ان الصداق الف ان لم يكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق الفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعي وبه قال أبو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المنة وقال أبو حنيفة ان كانت له امرأة فلها الف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها ما لم يكن أكثر من الالفين أو أقل من الالف ويتخرج في هذا قول ان النكاح مفسوخ لمسكان القدر ولست أذكر الآن نصا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة ، واختلفوا فيما يعتبر به فهو المثل اذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر في جملها ونصابها وما لها وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ومبنى الخلاف هل الممثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمسال والجمال لقوله عليه الصلاة والسلام : تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث .

(الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق) واختلفهم لا يخلو ان يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت أعنى وقت الوجوب . فأما اذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف احدهما ونكل الآخر كان القول قول الخالف وان نكلا جيمعا كان بمنزلة ما اذا حلفا جيمعا ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج . وقالت طائفة القول قول الزوج

مع يمينه وبه قال ابو ثور وابن ابي ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ، وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعى والثورى وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبنى على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك معلل أو غير معلل فمن قال معلل قال يحلف أبداً أقواها شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لانها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدرأ زائدا فهو مدعى عليه وقيل أيضا يتحالفان أبدا لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عندهم لم يراع الاشياء والخلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة وذلك انه لا يخلو دعواها من ان يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها فيكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعى في التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبهه فمن قال يشبهه به قال بالتفاسخ ومن قال لا يشبهه لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من اصحاب مالك انه لا يجوز لهما بعد التحالف ان يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبه بالامان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم لمعان مختلف فيه . وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعى والثورى واحداً و ابو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول ، وقال بعض أصحابه إنما قال ذلك مالك لان العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بأن القول قولها ابداً أحسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله يمين أو بغير يمين ويمين احسن وأما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلاً زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب قال جمهور في المذهب انهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قيل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به وقال ابن

القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصنع القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولها او لم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبهاً كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبهاً تحالفاً وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر اعني يتحالفان وتراجعان الى مهر المثل * وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف اصله في كتاب البيوع ان شاء الله . واما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالي والذي يجيء على اصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الاجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور ايضاً متى يجب هل قبل الدخول او بعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لا يجب الا بعد الدخول قياساً على البيع اذ لا يجب الثمن على المشتري الا بعد قبض السلعة ومن رأى ان الصداق عبادة تشترط في الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحسب مالك ان يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق .

✽ (الركن الثالث في معرفة محل العقد) ✽

وكل امرأة فانها تحل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم اولاً الى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة احدها مانع العدد ، والثاني مائع الجمع ، والثالث مائع الرق ، والرابع مائع الكفر والخامس مائع الاحرام ، والسادس مائع المرض . والسابع مائع العدة على اختلاف في عدم تأييده . والثامن مائع التطليق ثلاثاً للمطلق ، والتاسع مائع الزوجية ، فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعاً ففي هذا الباب أربعة عشر فصلاً .

(الفصل الاول في مائع النسب)

واتفقوا على أن النساء اللاتي يحرم من قبيل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت . واتفقوا على أن الام ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنات اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة . واما الاخت فهو اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك ومجموعيهما أعني الاب أو الام أو كليهما . والعمة اسم لكل أنثى هي أخت لايك أو لكل ذكر له عليك ولادة . واما الحالة فهو اسم لاخت أمك أو أخت كل أنثى لها

عليك ولادة. وبنات الاخ اسم لكل أنثى لاختك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة. وبنات الاخت اسم لكل أنثى لاختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة. والاصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن اللبس الذي يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين .

(الفصل الثاني في المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء . والاصل فيه قوله تعالى (ولا تتكحوا ما نكح آبائكم من النساء) الآية وزوجات الآباء والاصل في ذلك أيضا قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضا والاصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والآباء وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة . واختلفوا منها في موضعين ؛ أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج ؛ والثانية هل تحرم بالمباشرة للامام للذة أو بالوطء . وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط واختلفوا أيضا من هذا الباب في مسألة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجب النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة فهنا أربع مسائل.

(المسئلة الاولى) وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتي في حجوركم) وصف له تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير وإنما خرج مخرج الموجود الأكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطاً في الربائب اذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره قال تحرم الربية باطلاق ومن جعله شرطاً غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره .

(المسئلة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط أو بالوطء فانهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والاوزاعي والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو أحد قولي

الشافعي وقال داود والمزني لا يحرمها الا الوطء وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده. والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلمذ الى أى عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة في النظر الى الفرج فقط وحمل الثوري النظر لمحل اللبس ولم يشترط المدة وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى والشافعي في أحد قوله فلم يوجب في النظر شيئاً وأوجب في اللبس ^{٢٦} ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى «اللاتي دخلتم بهن» الوطء أو التلمذ بما دون الوطء فان كان التلمذ فهل يدخل فيه النظر أم لا.

(المسئلة الثالثة) واما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالمقد على البنت دخل بها أو لم يدخل وذهب قوم الى أن الام لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال في البنت أعني أنها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى (اللاتي دخلتم بهن) يعود الى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو الى الربائب والامهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى (وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتي دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات. ومن الحجة لجمهور ما روى المتي بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل نكح امرأة فدخل بها او لم يدخل فلا تحل له امها.

(واما المسئلة الرابعة) فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو شبهه اعني الذي يدرأ فيه الحد فقال الشافعي الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح امها ولا بنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه، وقال ابو حنيفة والثوري والازاعي يحرم الزنا ما يحرم النكاح، واما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي انه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابى حنيفة انه يحرم وقال سحنون واصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما في الموطأ وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ ^{٢٧} وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح اعني في دلالة على المعنى الشرعي واللفوي فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا أيضاً. ومن شبهه بالنسب قال لا يحرم لاجماع الاكثر على ان النسب لا يلحق بالزنا، وانفقوا.

فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح *
واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح .

﴿ الفصل الثالث في مانع الرضاع ﴾

وانفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أعني أن المرضعة تنزل منزلة الأم فتحرم على الموضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل أم النسب *
واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد منها تسع . أحداها في مقدار المحرم من اللبن . والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال الموضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أولاً يعتبر * والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر * والسادسة هل يعتبر الوصول من الحلق أولاً يعتبر * والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعني الزوج من الموضع منزلة أب وهو الذي يسمونه ابن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب *
والثامنة الشهادة على الرضاع * والتاسعة صفة المرضعة .

(المسئلة الاولى) اما مقدار المحرم من اللبن فان قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزعى وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لانحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال ابو عبيد وأبو ثور، وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعى وقالت طائفة عشر رضعات * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث في ذلك بعضها بعضاً فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) الآية وهذا يقتضى ما ينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى أحدهما حديث عائشة وما في معناه انه قال عليه السلام : لانحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجن مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثمالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لانحرم الاملاجة ولا الاملاجتان : والحديث الثانى حديث سهل في سالم انه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن بما يقرأ من القرآن فن رجع ظاهر القرآن على هذه الاحاديث

قال تحرم المصّة والمصنات ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام : لا تحرم المصّة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله : لا تحرم المصّة ولا المصتان يقتضى أن ما فوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله : أرضعه خمس رضعات يقتضى أن مادونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب .

(المسئلة الثانية) وانفقوا على أن الرضاع يحرم في الحواين . واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور وهو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام * . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في ذلك حديثان . أحدهما حديث سالم وقد تقدم . والثاني حديث عائشة خرج البخاري ومسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقالت يا رسول الله إنه أخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من أخوانكن من الرضاعة فإن الرضاعة من المجاعة فن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم الابن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء إلا أن حديث سالم نازلة في عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجع حديث سالم وعمل حديث عائشة لأنها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحواين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لا يحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعي ثبتت الحرمة به * . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : فأنما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم . فان فطم في بعض الحواين لم يكن رضاع من المجاعة فالاختلاف آيل إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه من الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذي يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول عنه إلى ثلاثة .

أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور به وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) يوم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام : إنما الرضاعة من المجاعة يقتضى عمومها أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع محرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل إلى الخلق من غير رضاع فاتفق مالك قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لا يحرم * وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل إلى الخلق أن يكون غير مختلط لغيره فاتفقوا في ذلك أيضا فقال ابن القاسم إذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعى وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن أو كان مختلطاً لم يذهب عنه * وسبب اختلافهم هل يبقى لبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة إذا خالطت الحلال الطاهر والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء طاهر .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول إلى الخلق أولا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أولا يصل .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من السبب وهي التى يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى واحمد والأوزاعى والثورى لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل وبالأول قال على وابن عباس وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح أخو أبى القيس يستأذن على بعد أن أنزل الحجاب فابيت أن آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه

عمك فاذنتي له فقلت يا رسول الله انما ارضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال انه عمك فليابع عليك خرجه البخاري ومسلم ومالك فمن رأى ان ما في هذا الحديث شرع زائد على ما في الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال ابن الفحل محرم ومن رأى ان آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة انما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاء أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بل بن الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التي بقصد التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة وبخاصة التي تكون في عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا تترك كتاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لا تقبل فيه الا شهادة أربع وبه قال الشافعي وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشوقهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشوقها قبل الشهادة وهو مذهب أبي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه انه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنين انتهى السبب في اختلافهم أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان وستأني هذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعنى انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لا يقتضى بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يا رسول الله إنني تزوجت امرأة فانت امرأة فقالت قد أَرْضَعْتِكَا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قبل دعما عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على النذب جمعاً بينه وبين الاصول وهو أشبه وهي رواية عن مالك (المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ

والبائسة من المحيض كان لها زوج أو لم يكن حاملا كانت أو غير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة لبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن أن يكون له حكم شرعى وإن وجد فليس لبنا إلا باشتراك الاسم. واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة بسبب الخلاف هل يتناولها العموم أولا يتناولها ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسألة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا في القول .

* (الفصل الرابع في مانع الزنا) *

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم بسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم وهل الإشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين إلى الزنا أو إلى النكاح وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته أنها لا تريد لامس فقال النبي عليه الصلاة والسلام: طلقها فقال له أنى أحبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضا إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الأصل وبه قال الحسن . وأما زواج الملاحنة من زوجها الملاحنة فسنذكرها في كتاب العتق .

﴿ الفصل الخامس في مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا وذلك للأحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العييد وفيما فوق الأربع أما العييد فقال مالك في المشهور عنه يجوز له أن ينكح أربعة وبه قال أهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع إلا بين اثنين فقط بسبب اختلافهم من العبودية لها تأثير في إسقاط هذا العدد كما لها تأثير في إسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا أعنى إن حده نصف حد الحر . واختلفوا في غير ذلك وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى (فأنكحوا ما طاب لكم من النساء متى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لغيلان لما أسلم وتحتة عشر نسوة . أمسك أربعة وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه أن يكون من إجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة أعنى جمع الأعداد في قوله تعالى (متى وثلاث ورباع) .

الفصل السادس في مانع الجمع

وانفقوا على أنه لا يجمع بين الاختين بمقد نكاح لقوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك بسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لسوم الاستثناء في آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت ايمانكم) وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل ان يعود لا قرب مذكور ويحتمل ان يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى اقرب مذكور فيبقى قوله وان تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا سيما ان علمنا ذلك بعمه الاخوة او بسبب موجود فيهما. واختلف الذين قالوا بالمانع في ملك اليمين اذا كانت احدهما بنكاح والاخرى بملك اليمين فنعه مالك وابو حنيفة واجازه الشافعي. وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه الصلاة والسلام : لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على ان العمه هنا هي كل انثى هي اخت لذكر له عليك ولادة اما بنفسه واما بواء طه ذكر آخر وان الحالة هي كل انثى هي اخت لكل انثى لها عليك ولادة اما بنفسها واما بتوسط انثى غيرها وهن الحرات من قبل الام. واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص أم هو من باب الخاص اريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص اريد به العام. اختلفوا أي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص اريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ولا بينهما وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكراً والآخر انثى لم يجرهما. ان يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يتبر هذا من الطرفين جميعاً أعني اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر انثى فلم يجر لهما أن يتناكحا فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما . واما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكراً لم يحل

نكاح المرأة منه لأنها زوج أبيه وإن جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لأنها تكون ابنة لاجنبي وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

* (الفصل السابع في موانع الرق) *

واتفقوا على أنه يجوز لعبد أن ينكح الأمة ولا حرة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هي وأولياؤها. واختلفوا في نكاح الحر الأمة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز إلا بشرطين ، عدم الطول ، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي . والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (وأنكحوا الإيما منكم والصالحين) الآية وذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى (وأنكحوا الإيما منكم) يقتضي أنه لا يحل نكاح الأمة إلا بشرطين ، أحدهما عدم الطول إلى الحرية ، والثاني خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الإيما منكم) يقتضي بعونه أنكاحهن من حر أو عبد واحدا كان الحر أو غير واحد خائفا لعنت أو غير خائف لكن دليل الخطاب أقوى هنا والله أعلم من العموم لأن هذا العموم لم يعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة في نكاح الأمة وإنما المنصود به الأمر بانكاحهن والا يجبرن على النكاح وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من إرقاق الرجل ولده. واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين أحدهما الذين لم يجزوا النكاح إلا بالشترطين المنصوص عليهما ، أحدهما إذا كانت تحت حرة هل هي طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك القولان ، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع أو ثنتان فمن قال إذا كانت تحت حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عزب قال إذا كانت تحت حرة لم يجز له نكاح الأمة ومن قال خوف العنت إنما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا أو متاهلا لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مانعة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح أمة لأن حاله مع هذه الحرية في خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة إذا خشي العنت من الأمة التي يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الأمة الأولى أولا ينكحها وذلك أن من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا إذا كان

الخوف على العزب أكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح أكثر من أمة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرية واعتباره مطلقا فيه نظر وإذا قلنا ان له ان يتزوج على الحرية أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار في البقاء معه أو في فسخ النكاح اختلف في ذلك قول مالك . واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الامة أم لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها أغنى أصحاب مالك . واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

* (الفصل الثامن في مانع الكفر) *

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثلية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا في نكاحها بالملك على انه يجوز أن ينكح الكناينة الحرة الا ما روى في ذلك عن ابن عمر . واختلفوا في احلال الكناينة الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين . والسبب في اختلافهم في نكاح الوثليات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) لعموم قوله (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمنكم) وهن المسيبات وظاهر هذا يقتضي العموم سواء كانت مشركة أو كناينة والجمهور على منعها وبالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ما روى عن نكاح المسيبات في غزوة أو طاس اذ استأذنوه في المنزل فأذن لهم وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكناينيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم اغنى ان قوله تعالى « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وإنما اختلفوا في احلال الامة الكناينة بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرية يقتضي اباحة تزويجها وباقي العموم اذا استثنى منه الحرية يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا خصص بقي الباقي على عمومته فنخصص العموم الباقي بالقياس أو لم ير الباقي من العموم المخصص عموما قال لا يجوز نكاح الامة الكناينة ومن رجح باقي العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكناينة وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتيانكم

المؤمنات) يوجب أن لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرية يوجب ذلك والقياس من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات، والطائفة الثانية ان ثم لم يعجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما اتفقوا على اطلاقها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (إلا ما ملكت أيما نكم) ولا جماعهم على أن السبي محل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فتى يهدم فقال قوم ان سبيا معا أعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة ؛ وقال قوم بل السبي يهدم سبيا معاً أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي، وعن مالك قولان أحدهما ان السبي لا يهدم النكاح أصلاً والثاني انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي ثم والسبب في اختلافهم هل يهدم أولاً يهدم هو تردد المسترقين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستأجرة من كافر وأما تفريق أبي حنيفة بين ان يسبيا معا وبين ان يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق وانما انظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجية هنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها بالذمية فبعيد لان الذمي انما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلاً عن نكاحه.

الفصل التاسع في مانع الاحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالتنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك ؛ وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجته أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تزوجها وهو حلال قال أبو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الأصم وروى مالك أيضاً من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجع هذه الاحاديث

على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجع حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تحليب القول.

(الفصل العاشر في مانع المرض)

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه أنه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله أنه يفرق بينهما وإن صح ويتخرج من قوله أيضا أنه لا يفرق بينهما إن الفرق مستحب غير واجب ^{في} وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ويجوز بيعه ولا اختلافهم أيضا سبب آخر وهو هل يهتم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يهتم . وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصلح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة حتى إن قوما رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد وأعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف وأنه لا تجوز الزيادة فيه كالأب لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح بطرق للناس أو ينصرفوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس الى الظلم ولنقض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يهتمون بالحكم بها وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان اشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر الى شواهد الحال فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بوارثته منعه من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهتهم إذ لا يمكن أن يحدث في ذلك حد مؤقت صناعي وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

*(الفصل الحادى عشر في مانع العدة) *

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا في من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والأوزاعي والليث يفرق بينهما ولا تحل

أبدا . وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية . وسبب اختلافهم هل قول صاحب حجة أم ليس بحجة وذلك أن مالكاً روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب فرّق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب وإن كان دخل بها فرّق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف يختلف في أصله وهو أنه أدخل في النسب شبهة فاشبهه الملاعن وروى عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر في بيت المال فلما أبلغ ذلك علياً أنكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثوري عن أشعث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا أن وطئاً هل يعتق عليه الولد أو لا تعتق والجمهور على أنه لا تعتق . وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر فإن قلنا أنه مؤثر كان له أبنا بجبهة ما رآنا قلنا أنه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال كيف يستعبده وقد غداه في سمعه وبصره . وأما النظر في مانع التطليق ثلاثاً فسيأتى في كتاب الطلاق .

(الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فأنهم اتفقوا أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين النعميين واختلفوا في المسبية على ما تقدم واختلفوا أيضاً في الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقاً للجمهور على أنه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب . وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (إلا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (إلا ما ملكت أيمانكم) يقتضى المسيات وغيرهن وتخير بريرة بوجوب أن لا يكون بيعها طلاقاً لأنه لو كان بيعها طلاقاً لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقاً من زوجها والحجة للجمهور ما خرج به ابن أبي شيبة عن أبي سعيد

الحدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيامن العرب يوم
اوطاس فهزموهم وقتلوه واصابوا لهم نساء لمن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم نائموا من غشيانهم من أجل ازواجهن فأنزل الله عز وجل (والمحصنات
من النساء الا ما ملكت أيماكم) وهذه المسئلة هي البقى بكتاب الطلاق فهذه هي جملة
الاشياء المصححة للانسكحة في الاسلام وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس ، صفة
العقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . واما الانسكحة التي
انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا
كان منهما معا أعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح
ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضيين ،
أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام ،
والموضع الثانى اذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فاما المسئلة الاولى) وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده
أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعاً ومن الاختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعى
وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان
تزوجن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم
وعنده أختان فارقمهما جميعاً ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك
غيره . وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر وذلك انه ورد في ذلك أثران ، أحدهما
مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفى أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فأمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً ، والحديث الثانى حديث قيس بن
الحارث انه أسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اختر أيتهما شئت
وأما القياس المخالف لهذا الآثر فتشبيه العقد على الاواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن
بعد الاسلام أعنى انه كما أن العقد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .
وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا
في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم في
عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهي كتائية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث
صفوان بن أمية وذلك ان زوجة عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو
فأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام وصفوان وبين
اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين

زوجها ما جرا قبل أن تنتهى عدتها . وأما إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك إذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام قابت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل إذا وقع إسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح * وسبب اختلافهم معارضة العموم للآثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضى المفارقة على الفور ، وأما الآثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان إسلامه بمر الظهران ثم رجع إلى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بأيام فاستنقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للآثر فلأنه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها فإن كانت العدة معتبرة في إسلامها قبل فقد يجب أن تعتبر في إسلامه أيضا قبل .

(الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح)

وموجبات الخيار أربعة ، العيوب ، والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة ، والثالث الفقد أعنى فقد الزوج ، والرابع العتق لئلازمة المزوجة فيعتقد في هذا الباب أربعة فصول .

(الفصل الأول في خيار العيوب)

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين أحدهما هل يرد بالعيوب أولا يرد ، والموضع الثانى إذا قلنا انه يرد فمن أيها يرد وما حكم ذلك . فأما الموضع الاول فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والإمساك وهو قول عمر بن عبد العزيز * وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما هل قول صاحب حجة والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول صاحب الوارد في ذلك فهو ما روى عن عمر بن الخطاب انه قال : إنما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار لمعيب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبهه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شيئا بالبيع لاجتماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع ، وأما الموضع الثانى في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في أى العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد في حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرد

يكون من أربعة عيوب ، الجنون والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذي يمنع الوطء اما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء . واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الأنف فقل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح الا بعيين فقط القرن . والرتق قاما أحكام الرد فان الفائلين بالرد انفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلاق ولائى عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولي * وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس أعنى اتفاهم على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام : أيما امرأة نكحت بغير اذن سيدها فزكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في اليسوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعنى بعد الدخول وانفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ويحمل سائر العيوب على أنها مما لا يخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد لكل عيب اذا علم أنه مما خفى على الزوج .

﴿ الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا في الاعسار بالصدق فكان الشافعى يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف أصحابه في قدر النكاح له فقل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال أبو حنيفة هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يمطيا المهر * وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبها بالايلاء والعنة . وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروى عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري

لا يفرق بينهما وبه قال أهل الظاهر . وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطبيق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لانفقتها عند الجمهور فانما لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا باجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

الفصل الثالث في خيار الفقد

واختلفوا في المفقود الذي تجل حياته أو موته في أرض الاسلام فقال مالك يضرب للأم أنه أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر وأجلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً فقبل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الأمانات روى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروي أيضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروي عن علي وابن مسعود . والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الأيموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود في أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود في أرض الحرب ، ومفقود في حروب الاسلام أعني فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الأسير لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا أشبه فانه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الأجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الأسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة إلا ان يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وقتهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته

وحكم المفقود في ارض المسلمين في ماله اعنى يصر وحينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذى يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف اعنى بين القائلين بالقياس .

(الفصل الرابع في خيار العتق)

واتفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار . واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والاوزعى وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثورى لها الخيار حرأ كان أو عبداً . وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجير الذى كان في انكاحها باطلاق اذا كانت أمة أو الجير على تزويجها من عبد فمن قال الامة الجير على النكاح باطلاق قال تخيرت تحت الحر والعبد ومن قال الجير على تزويج العبد فقط قال تخيرت تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حرأ وكلالتن ثبتت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضا في الوقت الذى يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعى يكون لها الخيار بالميسر وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعى انما يسقط خيارها بالميسر اذا علمت إن الميسر يسقط خيارها .

﴿ الباب الرابع في حقوق الزوجية ﴾

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند : خذى مايكفيك وولدك بالمعروف فاما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا في أربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب . فاما وقت وجوبها فان مالكا قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعى يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغاً وأما اذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فلا شافعى قولان ؛ أحدهما مثل قول مالك ؛ والقول الثانى ان لها النفقة باطلاق . وسبب اختلافهم هل النفقة لمساكن الاستمتاع أو لمساكن انها محبوسة على الزوج كالعائبات والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى

لأنها غير مقدرة بالشرع وإن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة فعلى المومر مدان وعلى الاوسط مدونصف وعلى المعسر مدنة وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محددة وأن الاطعام محدد واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وإن وجبت حكم يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة إذا كانت ممن لا نخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلا شرعيا لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيهه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على ان الاسكان على الزوج ملصق الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية . وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحره الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب أن لانفقة للناشز . وأما الامة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا فقيل لها النفقة كالحره وهو المهور وقيل لانفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتية فإياها النفقة وإن كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذي لم تأتية وقيل أن كان الزوج حرا فعليه النفقة وإن كان عبداً فلا نفقة عليه . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لانفقة لها الا على سيدها الذي يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تأتية وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتى زوجها في كل اربعة أيام . وأما على من تجب فانفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال ابو المصعب من أصحاب مالك لانفقة عليه . وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب الا بإيجاب السلطان وإنما اختلفوا

فيمن القول قوله اذا اختلفوا في الاتفاق وسيأتى ذلك في كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهما في القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام : اذا كانت للرجل امرأتان قال الى احدها جاء يوم القيامة وأحدشقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام : كان اذا أراد السفر أقرع بينهما واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعي وأصحابهما يقيم عند البكر سبباً وعند الثيب ثلاثاً ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج ، وقال أبو حنيفة الإقامة عندهن سواء بكر أو ثيباً ويحتسب بالإقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى ثم سبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان : اذا تزوج البكر أقام عندها سبباً واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هو ان إن شئت سبت عندك وسبب عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه خرجه مالك والبخاري ومسلم وحديث أنس حديث بصري خرجه أبو داود فصار أهل المدينة الى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في هذا مقامه عند البكر سبباً وعند الثيب ثلاثاً واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب ثم سبب الخلاف حمل قوله عليه الصلاة والسلام على التذب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك أن قوماً أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق وقوماً لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة الا ان يكون الطفل لا يقبل إلا نديها وهو مشهور قول مالك ثم سبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعني ايجابه أو متضمنة أمره فقط فن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع اذا لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الامر بالرضاع وايحابه وأنها من الاخبار التي مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والمادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها الا ان لا يقبل ندي غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج اجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن)

(الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها)

الانكحة التي ورد النهي فيها، صرحا أربعة، نكاح الشغار، ونكاح المتعة، والخطبة على خطبة أخيه، ونكاح المحلل، فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح الرجل وليته رجلا آخر على ان ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه بضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ﷺ واختلفوا اذا وقع هل يصح بمهر المثل ام لا فقال مالك لا يصح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي الا انه قال إن سمي لاحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سمياء فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبو ثور والطبري ﷺ وسبب اختلافهم هل النهي المعالي بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على ان النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكأن مالكا رضى الله عنه رأى ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به أو رأى أن النهي انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهي يدل على فساد النهي.

(وأما نكاح المتعة) فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام أو طاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا ان ابن عباس كان يحتاج لذلك بقوله تعالى (فاستمتعن به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة الا رحمة من الله رحم بها أمة محمد ولولا نهى محمد عنها ما اضطر الى الزنا الا شقي وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمر بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول : تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ونصفاً من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس.

(وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره) فقد تقدم ان فيه

ثلاثة أقوال ، قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين ان ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحال أعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان ما لكأقال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعى هو نكاح صحيح . وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : لعن الله المحال فمن فهم من اللعن التأنيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأنيم فساد المقدس فيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هي الانكحة الفاسدة بالنهى . وأما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد إما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغير حكم واجب بالشرع من أحكامه سماه عن الله عز وجل وأما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التى بهذه الصفة أو لا لزومها مثل ان يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أولا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا أن يكون في ذلك عيب يعتق أو طلاق فان ذلك يلزمه الا ان يطلق أو يعتق من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول أيضا وكذلك قال الشافعى وأبو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها أو عليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من أدركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن علي وقول الاوزاعى مروى عن عمر * وسبب اختلافهم معارضة العموم بالخصوص فاما العموم فحديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط . واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : أحق الشروط ان يوفي به ما استحلتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم الا ان المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في الصبية وان كان المشهور خلاف ذلك واما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا أعنى في لزومها أو عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت) فنهما ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبمده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولما اذارجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس وذلك في الاكثر يفسخه قبل الدخول ويثبت به بده والاصل عنده فيه أن لا يفسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير

من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوي متفقا عليه او مختلفا فيه ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول وعنده وقد نرى ان نقطع هنا القول في هذا الكتاب فان ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

(كتاب الطلاق)

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جل ، الجملة الاولى في أنواع الطلاق الجملة الثانية في أركان الطلاق ، الجملة الثالثة في الرجعة ، الجملة الرابعة في أحكام المطلقات .

(الجملة الاولى) وفي هذه الجملة خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعي ، الباب الثاني في معرفة الطلاق السني من البدعي . الباب الثالث في الخلع . الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ . الباب الخامس في التخيد والتملك .

(الباب الاول) وانفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعي وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه ان يكون في مدخول بها وانما انفقوا على هذا لقوله تعالى « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة » الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم أمره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضاً ولا خلاف في هذا . وأما الطلاق البائن فانهم انفقوا على ان الينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ماسياتي بعد وانفقوا على ان العدد الذي يوجب

الينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر في اسقاط أعداد الطلاق وان الذي يوجب الينونة في الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رقي منهما ففي هذا الباب اذن ثلاث مسائل .

(المسئلة الاولى) جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير لفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله في الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضاً بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فامضاه عليهم عمر واحتجوا أيضاً بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتهما قال طلقتهما ثلاثا في مجلس واحد قال إنما تلك طلقة واحدة فارتجما وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين إنما رواه عنه من أصحابه طاوس وإن جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمر بن دينار وجماعة غيرهم وإن حديث ابن اسحق وهم وإنما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجته البتة لا ثلاثا . وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من الينونة لطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع فمن شبه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح واليوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والایمان التي ما ألزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيف ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعنى في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق قسهم من قال المعتبر فيه الرجال فإذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة

عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه في ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار في ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً ومن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشد من هذين وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتي وغيره وروى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل فمن قال التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا لذي يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقا فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أي نقصاتها تابع لرق النساء واحتج الفريق الأول بما روى عن ابن عباس مرفوعا إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحيح . وأما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثة مع الرق .

(المسئلة الثالثة) . وأما كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم أنه اجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا لقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا مسكان قياس طلاق العبد والامة على حدودها وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا في نقصان الحد . وأما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ويشبهه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه فبحسبها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغاظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع إنما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقت ولو كانت اليزونة واقعة في الصلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسرا عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما يرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

﴿ الباب الثاني ﴾

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيه طقة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي يمسه فيه غير مطلق للسنة وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء، واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع، الموضع الأول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة، والثاني هل المطلق ثلاثاً أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا، والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض.

(أما الموضع الأول) فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر وقال أبو حنيفة إن طلقها عند طهر طقة واحدة كان مطلقاً للسنة . وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيسه طلاقاً ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

(وأما الموضع الثاني) فإن مالكا ذهب إلى أن المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة . وسبب الخلاف معارضة إقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثاً في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن المجلاني طلق زوجته ثلاثاً بحضور رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدة قال فيه أنه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لابسنة ولا ببدعة وقول مالك والله أعلم بأظهر ههنا من قول الشافعي .

(وأما الموضع الثالث) في حكم من طلق في وقت الحيض فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها أن الجمهور قالوا يمضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهو لا افترقوا فرقتين فقوم رأوا أن ذلك واجب ، وأنه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يسدب إلى

ذلك ولا يجبروبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار
اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره
يجبر ما لم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر
بالرجعة اختلفوا متى يقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان
يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها
وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التي
طلقتها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط
في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسهافي لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسهافي فهنا اذا
أربع مسائل، أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا ؛ والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم
يؤمر فقط ؛ والثالثة متى يقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب ؛ والرابعة متى يقع الاجبار .
(أما المسئلة الاولى) فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض
اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : مره فليراجعها
قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن
جريج أنهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تعليقة ابن عمر على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذي كان يفتى به ابن عمر . وأما من لم يرهذا
أطلاق واقعا فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فعل أو عمل ليس عليه
أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه
ووقوعه وبالجمله ، فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني
هي شروط صحة وإجزاء أم شروط كمال وتتمام فن قال شروط إجزاء قال لا يقع
الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتتمام قال يقع ويندب الى ان
يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك .
(وأما المسئلة الثانية) وهي هل يجبر على الرجعة أولا يجبر فن اعتمد ظاهر
الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى
الذي قلناه من كون الطلاق واقعا قال هذا الامر هو على الندب .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي متى يقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط في
ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تظهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه
في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي
بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الا آخر
عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجمله فقالوا ان من شرط الرجعة

وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يظلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبيد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى بونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك انه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان ~~كراه~~ له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه * فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي متى يجبر فانما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتهم الطول زمان العدة لانه الزمان الذي له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مرة فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضا فانه قال انما أمر بمراجعتهم لئلا يطول عليها المدة فانه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعد بها باجتماع قلنا انه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغي ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الامر بالرد .

* (الباب الثالث في الخلع)

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة الموض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاهما والصلح ببعضه والفدية باكثره والمبارأة باسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء والكلام يتحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول . في جواز وقوعه أولا ثم ثانيا في شروط وقوعه أعنى جواز وقوعه ثم ثالثا في نوعه أعنى هل هو طلاق او فسخ . ثم رابعا فيما يلحقه من الاحكام .

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما اقتدت به » وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول

في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طلقاً واحدة خرج به هذا اللفظ البخاري وأبو داود والنسائي وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر ابن عبيد الله المزني عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئاً واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلاجناح عليهما فيما اقتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها واما رضاها فحائز به فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومته أو على خصوصه .

(الفصل الثاني)

فاما شروط جوازه فنحن ما يرجع الى القدر الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذي يجوز به ، ومنها ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها ، ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن عن لائمه امرها ففي هذا الفصل أربع مسائل .

(المسئلة الاولى) أما مقدار ما يجوز ان تختلع به فان مالكا والشافعي وجعاعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصبر لها من الزوج في صداقها اذا كان اللشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطاهما على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكأنه رآه من باب أخذ المسال بغير حق .

(المسئلة الثانية) وأما صفة العوض فان الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والغرور والمعلوم مثل الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المصدوم به وسبب الخلاف تردد العوض هنا بين العوض في النيوغ أو الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالنيوغ اشترط فيه ما يشترط في النيوغ وفي اعواض النيوغ ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالحمر والتحزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا يستحق عوضاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب لها مهر المثل .

(المسئلة الثالثة) وأما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضرار بها والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تمضوا منهن لتذهبن ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وشذ أبو قلابة والحسن البصري فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فينحصل في الخلع خمسة أقوال . قول انه لا يجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال أى مع الضرر . وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله . وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور .

(المسئلة الرابعة) وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنه يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه بنفسه والله أعلم وخلق المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو احتلمت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهمة التي لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على انه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان .

الفصل الثالث

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على انه طلاق وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعي هو فسخ وبه قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعي انه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وقائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا لانه لو كان لازوج في العدة منه الرجعة

عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة. احتج به من جعله طلاقا بان الفسوخ انما هي التي تقتضى الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ. واحتج من لم يره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعندنا هؤلاء ان الفسوخ يقع بالتراضي قياسا على فسوخ البيع أغنى الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شيء غير الطلاق فبسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها.

(الفصل الرابع)

وأما لو احقه ففروع كثيرة لكن نذكر منها ما شهر . فمنها هل يرتد على المختلة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتد الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتد وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتد ولم يفرق بين الفور والتراخي بسبب الخلاف ان العدة عند الفريق الاول من أحكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع البتة أحتيا فمن رآها من أحكام النكاح ارتد الطلاق عنده ومن لم يرد ذلك لم يرتد . ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلة في العدة الا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالا ان رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثورين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون . ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له ان يتزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة بسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل واختلفوا في عدة المختلة وسيأتي بعد . واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

الباب الرابع

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث الى قولين ، أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعنى في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهدى على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ ، والقول الثانى ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة وان كان مما لهما ان يقبلا عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

(الباب الخامس)

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة التملك والتخير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخير وذلك أن التملك هو عنده تملك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولتلك له أن ينكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخيرا مقيدا مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة أو تطليقتين ففي الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تملكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى بطول الامر بها على إحدى الروايتين أو بترقا من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التملك الى أن ترد أو تطلق. والفرق عند مالك بين التملك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزها قبل أن تطلق وليس له ذلك في التملك وقال الشافعى اختارى وأمرك بملك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا ان ينويه وان نواه فهو ما أراد أن واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده أن ينكرها في الطلاق نفسه وفي العدة في الخيار أو التملك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التملك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة وقال الثورى الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التملك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهرى وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التملك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن

ابن عباس وعمر رضى الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بينى وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس فقالت لو أن الذى بيدك من أمرى يسدى لعلمت كيف أصنع قال فان الذى بيدى من أمرك يسدك قالت فانت طالق ثلاثا قال أراها واحدة وأنت أحق بها مادامت في عدتها وسالني أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بغيرها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب . وقد قيل ليس التملك بشيء لان ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بجعل جاءل وكذلك التخيير وهو قول أبى محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبى حنيفة والاوزاعي وجماعة فقهاء الامصار وعند الشافعي أن التملك اذا اراد به الطلاق كالوكالة وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك انهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وإنما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا أمراً من الامور ان شاء ان يفعله او لا يفعله فانه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختيارني او اختارى نفسك انه ظاهر بعرف الشرع في معنى بينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه انما كان بينونة وإنما رأى مالك انه لا يقبل قول الزوج في التملك انه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً اعترف به النية بسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وإنما اتفقوا على ان له مناكرتها في العدد أعني في لفظ التملك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وإنما رأى مالك والشافعي انه اذا طلقت نفسها بتمليكها ايها طلقة واحدة انما تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وإنما رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لها طلبت من التملك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى ان لها ان تطلق نفسها في التملك ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها في ذلك فلان معنى التملك عنده انما هو نصير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه

من أعداد الطلاق . وأما من جعل التملك طلقاً واحدة فقط أو التخيير فأنما ذهب الى انه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لان العلة في جعل الطلاق بايدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصري انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع . أحدها انه لا يقع بواحد منهما طلاق . والثاني انه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعني ان تملك بالتخيير النيونة وبالتمليك مادون النيونة واذا قلنا بالنيونة فقل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقل رجعية وقيل بائنة . وأما حكم الالفاظ التي تعجب بها للمرأة في التخيير والتمليك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتي تفصيل ذلك عند التكلم في الالفاظ الطلاق .

(الجملة الثانية) وفي هذه الجملة ثلاث أبواب ، الباب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز ، الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .
(الباب الاول) وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في انواع ألفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثاني في انواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

* (الفصل الاول) *

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلغ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتبعوا لظاهر الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد في النذر وفي العيّن أوقعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ واتفق الجمهور على ان ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية . واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ونحن قلنا قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق ، والفراق ، والسراح وهي المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو

اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح لأن دلالة على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلاً في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف أعني أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق أو هي باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت في هذا المعنى أعني في معنى الطلاق كانت مجازاً إذ هذا هو معنى الكناية أعني اللفظ الذي يكون مجازاً في دلالة وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها . فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان مشهورتان أحدهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فإن مالكا والشافعي وأبا حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقاً إذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعي واستثنت المالكية بأن قالت إلا أن تقرر بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق . وفقه المسئلة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية . وأما مالك فالشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى النية لكن لم ينو ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادعى .

(وأما المسئلة الثانية) فهي اختلافهم فيما من قال لزوجته أنت طالق وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة أما اثنتين وأما ثلاثاً فقال مالك هو مانوى وقد لزمه وبه قال الشافعي إلا أن يقيد فيقول طلبة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه . وأما أبو حنيفة قال يقع ثلاث بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الأفراد لا كناية ولا تصريحاً . وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وإن نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعني اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدهما فالشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقد روى عنه أنه

يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هناك عوض فقبل يقع وقبل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فتنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي كناية محتملة ومذهب مالك أنه إذا دعي في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله إلا أن تكون هناك قرينة تدل على ذلك كراهيه في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها إلا أن يكون قال ذلك في المخلع ، وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لأن طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية ، وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فإنه يرجع في ذلك إلى ما نواه فإن كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وإن كان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي إلا أنه إذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلاقاً واحدة بائنة وإن اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينو لم يصدق وذلك إذا كان عنده في هذا كره الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه القرينة إلا أربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرئى وتنعى لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وإن نوى طلاقاً فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال : قول أنه يصدق باطلاق وهو قول الشافعي وقول أنه لا يصدق باطلاق إلا أن يكون هناك قرينة وهو قول مالك . وقول أنه يصدق إلا أن يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة السنونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول وإنما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة أنه لم يرد به طلاقاً لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق إلا أن يكون هناك قرينة تدل على خلاف ذلك وإنما صار إلى أنه لا يقبل

قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو السينونة والسينونة لا تقع الا خلفا عنده في المشهور أو ثلاثا واذا لم تقع خلفا لانه ليس هناك عوض فبقى ان يكون ثلاثا وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عددان يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعي انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح الفاظ الطلاق كان أخرى ان يقبل قوله في كنيته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه ان تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك وانما صار الشافعي الى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجيا لحديث ركانة المتقدم وصار أبو حنيفة الا أنه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على السينونة عنده فبسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ وانا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى السينونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقتض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية وما اختلف فيه الصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم أعني من قال لزوجي أنت على حرام وذلك ان مالكا قال يحمل في المدخول بها على البت اى الثلاث وينوى في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلى من للصحابة وبه قال اصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو احد الاقوال في هذه المسئلة والقول الثاني انه ان نوى بذلك ثلاثا فهي ثلاث وان نوى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمينا يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشيء هي كذبة وقال بهذا القول الثوري ، والقول الثالث انه يكون ايضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة او ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو يمينا يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعي . والقول الرابع انه ينوى فيها في الموضعين في ارادة الطلاق وفي عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجيا وان اراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي ، والقول الخامس انه ينوى أيضا في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو قول فان نوى الكذب فليس بشيء وهذا القول قاله أبو حنيفة واصحابه . والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا ان بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد

كان لكم في رسول الله أسوة حسنة خرج به البخاري ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) الآية . والقول السابع أن تحريم المرأة كتحریم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى (لأنحرموا طيبات ما أحل الله لكم) وهو قول مسروق الاجمـدع وأبى سلمة بن أبى عبد الرحمن والشعبي وغيرهم ومن قال فيها أنها غير مغلفة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظاهر وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة . وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس بيمين ولا كناية فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في الفاظ الطلاق .

﴿ الفصل الثاني في الفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين . اما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلية أو بخروج شيء مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لا سييل الى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعي اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق . وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلية أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فن قل لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه . وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والمجنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عـدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلية فان الافعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب ، أحدها ما يمكن أن يقع أولا يقع على السواء كدخول الدار وقدم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غدا فهذا يقع لاجزا عند مالك

ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحاً الى أجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل ومحجبه الحيض والظهر ففي ذلك روايتان عن مالك ، احدهما وقوع الطلاق ناجزاً ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانجاز الطلاق في هذا يضعف لانه مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فانت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هذا . وأما ان علقه بشيء يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت اشي فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء الى الوجود . وأما ان حلف بالطلاق انها تلد اشي فان الطلاق في الحين يقع عنده وان ولدت اشي وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلاً من الافعال انه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على برحتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البرحتى يموت * ومن هذا الباب اختلافهم في تبعض المطلقة أو تبعض الطلاق أو إرداف الطلاق على الطلاق . فاما مبسطة تبعض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك أو رجلك أو شمرك طالق طاعت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جهة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث أو الربع وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طلقك نصف طليقة طلقت لان هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف اذا تبعض لم يقع . وأما اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق لسقائه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد أعني بقوله طلقك ثلاثاً قال يقع الطلاق ثلاثاً ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بان منه انه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيّد بالاستثناء فانما يتصور في المدد فقط فاذا طلق أعداداً من الطلاق فلا يخلو من

ثلاثة أحوال . إما أن يستثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا ثلاثا أو اثنتين اثنتين . وإما أن يستثنى ماهو أقل وأنا استثنى ماهو أقل . فاما أن يستثنى ماهو أقل مما هو أكثر . وأما أن يستثنى ماهو أكثر مما هو أقل فاذا استثنى الأقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الواحدة . واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان ، أحدهما أن الاستثناء لا يصح وهو مبنى على من منع أن يستثنى الاكثر من الاقل ، والآخرا أن الاستثناء يصح وهو قول مالك . وأما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالكا قال يقع الطلاق لانه آتية على أنه رجوع منه . وأما اذا لم يقل بالآتية وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشيء مع ضده مستحيل وشذ أبو محمد ابن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لا يقع في وقت وقوعه الا بإيقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقمه فيه المطلق وإنما ألزم نفسه إيقاعه فيه فان قلنا باللزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجه في ذلك .

(الباب الثانى في المطلق الجائز الطلاق) واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واحتلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض ان صح . واحتلفوا هل ترثه ان مات أم لا . فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعى وأحمد وداود وجاعة وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس . وفرق أصحاب الشافعى بين أن ينوى الطلاق أولا ينوى شيئا فان نوى الطلاق فعنهم قولان أحدهما لزومه وان لم ينو فقولان أحدهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعنق * وسبب الخلاف دل المطلق من قبل الاكراه مختار أم ليس بمختار لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ إنما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار في إيقاع الشيء أصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه السلام: رفع عن أمتي الخطأ واللسان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقعا للفظ باختياره انه ينطلق عليه في الشريعة اسم المكره بقوله تعالى (الا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان) وإنما فرق أبو حنيفة بين

البيع والطلاق لان الطلاق مغاظ فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصر ما ليس في المختصر أنه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتى عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة ^٢ والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فمن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقدا للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام وما لا يلزمه فقال مالك ^٣ يلزمه الطلاق والعنق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شئ وقال الليث كل ما جاء من منعلق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جتته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم أنه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصا في الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ما وبه قال داود وأبو ثور واسحق وجاعة من التابعين أعنى أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعى القولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع. وأما المريض الذى يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه فان مالكا وجاعة يقول يرثه زوجته والشافعى وجاعة لا يرثها. والذين قالوا بترثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري ، وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج. ومن قال بهذا أحمد وابن أبى ليلى ، وقال قوم بل ترث كانت في العدة اولم تكن تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث ^٤ وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم في ان يكون انما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع اوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب ان يقع بجميع احكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجة باقية بجميع احكامها ولا بد لخصومهم

من احد الجوابين لانه يعسر ان يقال ان فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض احكام الطلاق وبعض احكام الزوجية واعسر من ذلك القول بالفرق بين ان يصح اولا يصح لان هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى ان يصح اولا يصح وهذا كله مما يعسر القول به فى الشرع ولكن انما انس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور واما من رأى انها ترث فى العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من شرط فى توريثها لم تتزوج فانه لحظ فى ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ولكون التهمة هي المالة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلعت نفسها فقال أبو حنيفة لا ترث أصلا وفرق الاوزاعى بين التملك والطلاق فقال ليس لها الميراث فى التملك ولها فى الطلاق وسوى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هي ان مات وهذا مخالف للاصول جداً .

﴿ الباب الثالث فىمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق ﴾

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضى عدتهن فى الطلاق الرجعى وانه لا يقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق . وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق باجنبيه أصلا عم المطلق أو خص وهو قول الشافعى وأحمد وداود وجاعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبى حنيفة وجاعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعنى مثل ان يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهى طالق وكذلك فى وقت كذا فان هؤلاء يطلقن اذا زوجن به وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عم فزوجنا عليه التعميم لم يجد ميلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عتابه وحرجا وكأنه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا

الزمناء الطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمرو وابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم .

(الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين ، بائن ، ورجعي وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان ، الباب الاول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي ، الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

(الباب الاول)

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (ويعولتهن أحق بردهن في ذلك) وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على أنها تكون بالقول والشهادة واختلفوا هل الأشهاد شرط في صحتهما أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء . فاما الأشهاد فذهب مالك الى أنه مستحب وذهب الشافعي الى أنه واجب . وسبب الخلاف معارضة القياس لظاهر وذلك أن ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن لا يجب الأشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما أختلافهم فيما تكون به الرجعة فإن قوما قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قول الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقل قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده ينزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعي فقيس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالأشهاد ولا يكون الأشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فإن أبا حنيفة يرى ان الرجعة محالة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولان الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما . وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعا فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للمزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت

في العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معها غيرها وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال أبو حنيفة لا بأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدي البنان والكحل وبه قال الثوري وأبو يوسف والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحج أو خفق نمل واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلبة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى بها الا أن يدخل الثاني وبالقول الاول قال المدنيون من أصحابه ولم يرجع عنه لأنه أثبت في موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ . واما الشافعي والكوفيون أبو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل وبه قال أبو داود وأبو ثور وهو مروي عن علي وهو الا بين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته او ان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك في الرواية الاولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتكبح زوجها غيره انه ليس له من امرها شيء ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث إنما يروي عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد أجمعوا على ان الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تتزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً فان نكاح الغير لا تأثير له في ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ما خرجه الترمذي عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهي للاول منهما ومن باع بيعا من رجلين فهو الاول منهما .

(الباب الثاني)

والطلاق البائن أما بما دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بخلاف وفي المخالعة باختلاف وهل يقع أيضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم

لهبتداء النكاح اغنى في اشتراط الصداق والولى والرضا الا انه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور. وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره وهو لاء كاتم رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على ان المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعه بن سموال انه طلق امرأته تميمه بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعرض عنها فلم يستطع أن يمسا ففارقها فأراد رفاعه زوجها الاول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز أن ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لمعوم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الخناتين يحلها الا الحسن البصرى فقال لا تحل الا بوطء باتزال وجمهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الخناتين . وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة الا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم أو حرج أو حيض أو اعتسكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغا وخالفهما فى ذلك كله الشافعى وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع فى عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والحصى الذى يبقى له ما يغييه فى الفرج * والخلاف فى هذا كله آيل الى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله * واختلفوا من هذا الباب فى نكاح المحلل أغنى اذا يزوجها على شرط أن يحللها زوجها الاول فقال مالك النكاح افاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر فى ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية فى ذلك وبه قال دواء وجماعة قالوا هو محلل للزواح المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أى ليس يحللها وهو قول ابن أبى ليلى وروى عن الثورى واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة بن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم : لمن بالله المحلل والمحلل له فلعنه إياه كلمه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهى والنهى يدل على فساد المنهى عنه . واسم النكاح الشرعى لا ينطلق على النكاح المنهى عنه وأما ما فرّق الآخرفتملق بمعوم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ناكح وقالوا

وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المفصولة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الإذن من مالكها في ذلك قالوا وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فاحرى أن لا يدل على بطلان التحليل وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصد ما لم يكن لقصد ما معنى مع أن الطلاق ليس بيدها ثم اختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال أبو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول أم لا فمن رأى أن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة فهو أخرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان ، الأول في العدة ، الثاني في المتعة .

(الباب الاول)

والنظر في هذا الباب في فصلين . الفصل الاول في عدة الزوجات . الفصل الثاني في عدة ملك اليمين .

(الفصل الاول)

والنظر في عدة الزوجات ينقسم الى نوعين . أحدهما في معرفة العدة . والثاني في معرفة أحكام العدة (النوع الاول) وكل زوجة فهي إما حرة وأما أمة وكل واحدة من هاتين إذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها . فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض أما صغار وإما يائسات وذوات الحيض أما حوامل وأما جاريات على عادتھن في الحيض وأما مرتفعات الحيض وأما مستحاضات والمرتفعات الحيض في من الحيض أما مراتبات بالحمل أي بحس في البطن وأما غير مراتبات وغير المراتبات أما معروفة سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض وأما غير معروفة فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لأنه منصوص عليه في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللاتئى يثنى من الحيض من نسائكم ان ارئيتن) الآية واختلفوا

من هذه الآية في الاقراء ما هي فقال قوم هي الاطهار أعني الازمنة التي بين الذمين وقال قوم هي الدم نفسه وعن قال ان الاقراء هي الاطهار أما من فقهاء الامصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وعن قال ان الاقراء هي الحيض أما من فقهاء الامصار فابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة وأما من الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الاشعري وحكي الاثر عن أحمد بن حنبل قال لا كبر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي الحيض . وحكي أيضاً عن الشعبي انه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلف الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول علي وابن مسعود هو انها الحيض، والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار انها اذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنتهي الحيضة الثالثة بسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه قائلين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانباري وأيضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لمسا ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيمادون العشرة وقالوا أيضاً الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء في الحوض أي جمعه فزمان اجتماع الدم هو زمان الصهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروء) ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزاً واذا وصفت الاقراء بأنها هي الاطهار أمكن ان تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذي تطلق فيه وان مضى أكثره . واذا كان ذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزاً واسم الثلاثة ظاهر في كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بأن تكون الاقراء هي الحيض لان الاجماع منعقد على انها ان طلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذي رضى الحذاق ان الآية مجملة في ذلك وان الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هي الاطهار حديث

ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مرة فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام: فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على أن العدة هي الاطهار لكي يكون الطلاق متصلاً بالعدة ويمكن أن يتأول قوله فتلك العدة أي فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القراء بالطلاق في الحيض وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها إنما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب أن تكون الاقراء هي الحيض واحتج من قال الاقراء هي الاطهار بان قال المتبر في براءة الرحم هو النقطة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المتبر فيهن التمام أغنى المشترط هي الاطهار التي بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون أن العدة هي الاطهار إنما تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا انها الحيض فقبل تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعي وقيل حين تغسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ومن الفقهاء الثوري واسحق بن عبيد وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ فهذه هي حال الحائض التي تحيض . وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك رية حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الا شهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الا شهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة أشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الا شهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحبل . واختلف عن مالك من متى تعتمد بالتسعة أشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله في الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم

رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترفع حيضتها وهي لا نياس منها في المستأنف انها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل في السن الذي نياس فيه من الحيض وحيث تفتد بالاشهر او تحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثاني او السنة الى أن تمضي لها ثلاثة اقراء . وأما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللاتي ينسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأي فيه عسر وحرج ولو قيل أنها تعد بثلاثة أشهر لكان جيداً اذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض على ما سأوله مالك عليه فكان ما كالم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض أى ان شككتهم في حكمهن ثم قال في التي تبقى تسعة لا تحيض وهي في سن من تحيض انها تعد بالاشهر وأما اسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى أن الرية هنا في الحيض وان اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما ينس منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم هنا من اليائس القطع فعد يجب ان تنتظر الدم وتعد به حتى يكون في هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعد التي انقطع دمها عن المأذة وهي في سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لان اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور وأما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسنان . وأما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال وقد قيل ان المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعدتهن روايتان اجداها ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وإن لم تميز لها فتعد ثلاثة أشهر وقال الشافعي عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر الثاني من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت

يعدد أيام حيضتها في صحتها وإنما ذهب مالك إلى بقاء السنة لأنه جعلها مثل التي لا تحيض .
وهي من أهل الحيز والشافعي إنما ذهب في العارفة أيامها أنها تعمل على معرفتها قياساً
على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة : اتركي الصلاة أيام اقرائك فإذا
ذهب عنك قدرها فأغسل الدم وإنما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم
لفاطمة بنت حيش : إذا كان دم الحيض فإنه دم أسود يعرف فإذا كان ذلك فامسكي
عن الصلاة فإذا كانت الآخر فتوضئي وصلي فإنما هو عرق خرج به أبو داود
وأما ذهب من ذهب إلى عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم لأنه معلوم في الأغلب
أنها في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض ، وخفاؤه
كارتفاعه . وأما المسترابة أعني التي تجد حساً في بطنها تظن به أنه حمل فإنها تمكث
أكثر مدة الحمل . وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين
وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعني
المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات
غير الحرائر فانهن ينفقن أيضاً بتلك الاقسام بينها أعني حيضاً وبائساً ومستحاضات
ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض اللاتي يأتين حيضهن فالجمهور على
أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حيض كالحررة
وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن
ثلاثة قروء وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم
بقياس الشبه وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعني كونه متصفاً مع الرق
وأما جعلوها حيضتين لأن الحيضة الواحدة لا تنبعض . وأما الامة المطلقة اليائسة من
الحيض أو الصغيرة فإن مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال
الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة
الحررة وهو القياس إذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله مرة أخذ
بالعموم وذلك في اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس في
ذلك واحد ، وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحررة
والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة . واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لأعدة
عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقها قبل
أن يمسه هل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستأنف العدة وقالت
فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الايل وهو أحد قولي الشافعي وقال داود ليس
عليها أن تتم عدتها ولأعدة مستأنفة وبالجمله فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة .

وان لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى اظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الاتفاق فان أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في العدة فعن مالك في ذلك روايتان ، احدهما تداخل المدين ، والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا عتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرية وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل في الوجهين معا بسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية ام من أحكام انفصالها فن قال من أحكام الزوجية قال لانثنتا ، عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو أعتقت وهى زوجة ثم طلقت . وأما من فرق بين البائن والرجعى فين وذلك ان للرجعى فيه شبه من أحكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهى في عدة طلاق رجعى وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمي النظر في العدة .

القسم الثانى

وأما النظر في أحكام العدد فانهم انفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعات (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضمن حملهن) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثانى أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وداود وأبى ثور وإسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعى وجماعة . وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأثبت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إنما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروي عن على وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطنه من

حديث فاطمة المذكورة وفيه فقل لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة - وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى فبقى على عمومته - في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحينما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب النفقة من حيث تحب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعا مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فمسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغي ان تعلم أن المسلمين اتفقوا على ان العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق او موت او اختيار الامة نفسها اذا اعتقت . واختلفوا فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها . ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه احكام عدة الموت رأينا أن نذكرها ههنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة حرة من زوجها الحرة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشراً) . واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الامة اذا لم تاتها حيضتها في الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة ان تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مستراة فتعكث مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مستراة وذلك اذا كانت عادتھا في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا اما غير موجود أعني من تكون عادتھا ان تحيض من أكثر من اربعة أشهر الى أكثر من أربعة أشهر واما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقبل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبي حنيفة والشافعي والثوري .

(وأما المسئلة الثانية) وهي الحامل التي يتوفي عنها زوجها فقال الجمهور وجب فقهاء الأمصار عدتها أن تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أنهن

يضمن حملهن) وان كانت الاية في الطلاق وأخذاً أيضاً بحديث أم سلمة ان سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وآله عابه وسلم فقال لها : قد حملت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . واما الامة المتوفى عنها من تحل له فانها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين أو أم ولد أو غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور أن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم . وأما ام الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر، وقال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة اشهر ولها السكنى ، وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة اربعة اشهر وعشرا وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الاستبراء وحما وذلك يكون بحيضة تشبها بالامة يموت عنها سيدها وذلك ما لا خلاف فيه وحجة ابي حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بامة فتعتد عدة أمة فوجب أن تستبرأ رحمها بعدة الاحرار . وأما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها اربعة اشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبهها بالزوجة الامة فبسبب الخلاف انما مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهه بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب ابي حنيفة .

(الباب الثاني في المتعة)

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فقال ابو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا

التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء ، واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (بأيتها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتموهن وسرحوهن سراحا جيلا) فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فلم انه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان تجب لها المتعة وهذا لعمرى مخيل لانه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى (ومنعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم في كل مطلقة الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول . وأما أهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق . وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطى . وأما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية (حقا على المحسنين) أى على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد .

(باب في بيعت الحكمين)

اتفق العلماء على جواز بيعت الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهت احوالهما في التشاجر أعنى الحق من الميطل لقوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حدة من أهله وحكما من أهلها) الآية وأجمعوا على ان الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين ، احدهما من قبل الزوج ، والاخر من قبل المرأة الا ان لا يوجد في اهله من يصلح لذلك فيرسل من غيرها وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج أو لا يحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما في ذلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق . وحجة مالك مارواه من ذلك عن علي بن أبي طالب انه قال في الحكمين اليهما الفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعي وأبي حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج . واختلف أصحاب

مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث علي هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيكما أن تجعما جمعكما وان رأيكما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه الى وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال علي لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما قرأت به المرأة قال فاعتبر في ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسultan والسultan يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الايلاء)

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يوطأ زوجته أما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو باطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الامصار في الايلاء في مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولى أم إنما تطلق بان توقف بعد الأربعة الأشهر قاما . فاء . واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة في الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون مولى أم لا ومنها هل المولى هو الذي يقيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذي لم يقيد يمينه بمدة أصلا ومنها هل ضلاق الايلاء بائن أو رجعي ومنها ان أبي الطلاق والنفي هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يوطأها في المدة أم لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الايلاء بين فقهاء الامصار التي تنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم في مسألة مسألة منها وعيون

أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

(المسئلة الاولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها أم لا تطلق وإنما الحكم أن يوقف فاما فاء واما طلق فان مالك والشافعي وأحمد وأبا ثور وداود والقيث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالجلة الكوفيون الى ان الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا أن ينفى فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاءوا قبل انقضاء الاربعة الاشهر أو بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا ينفى حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفية اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) وللمالكية في الآية أربعة أدلة ، أحدها أنه جعل مدة التريص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل في الديون المؤجلة ، الدليل الثانى أن الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الاتجوزا أعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الاتجوزا وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل ، الدليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة : الرابع ان الفاء في قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفية بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة . وأما أبو حنيفة فانه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالمدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجلة فشبهاوا الا بلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم في اليمين التى يكون بها الايلاء فانه مالك قال يقع الايلاء بكل تين وقال الشافعي لا يقع الا بالايمان المباحة فيه الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم اعنى عموم قوله تعالى (للذين يؤثون من نساءهم تريص أربعة أشهر) والشافعي يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الايلاء هي اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة (المسئلة الثالثة) وأما الخوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فانه

الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار
بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى
لان الحكم انما يلزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد يمين أو بغير يمين
لان الضرر يوجد في الحالتين جميعاً.

(المسألة الرابعة) وأما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكاً ومن قال بقوله يرى
ان مدة الايلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذ كان النفي عنده انما هو
بعد الأربعة الأشهر وأما أبو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هي الأربعة الأشهر فقط
اذ كان النفي عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبي ليلى الى أنه اذا حلف وقتاً ما
وان كان أقل من أربعة أشهر كان مولياً يضرب له الاجل الى انقضائه الأربعة الأشهر
من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته
على التأيد ^ب والسبب في اختلافهم في المدة اطلاق الآية فاختلفوا في وقت النفي وفي
صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو محمولة وكذلك اختلفوا في صفة
المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتي بعد . واما سوى ذلك فسبب اختلافهم
فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هي أركان الايلاء أعني معرفة نوع اليمين وقت النفي
والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه.

(المسألة الخامسة) فاما اطلاق الذي يقع بالايلاء فعند مالك والشافعي أنه
رجعى لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب أن يحمل على انه رجعى الى
ان يدل الدليل على انه بائن وقال أبو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان
رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة * فسبب الخلاف معارضة
المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعى ومن
غلب المصلحة قال بائن .

(المسألة السادسة) واما هل يطلق القاضي اذا أنى النفي أو الطلاق او يجلس حتى
يطلق فان مالكاً قال يطلق القاضي عليه وقال أهل الظاهر يجلس حتى يطلقها بنفسه
وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف في الطلاق المصلحة فمن راعى الاصل
المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل من
ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذي يعرف
بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

(المسألة السابعة) واما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكاً يقول اذا راجعها
فلم يطأها تكرراً الايلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجعى والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق

البائن يسقط الإيلاء وهو أحد قولى الشافعى وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة العلماء على أن الإيلاء لا يتكرر بعد الطلاق إلا بإعادة اليمين والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الإيلاء وذلك أنه لا إيلاء في الشرع إلا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ولكن إن رعينسا هذا وجد الضرر المقصود إزالته بحكم الإيلاء ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد معنى الإيلاء.

(المسئلة الثامنة) وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فإن الجمهور على أن العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأربعة أشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروي عن ابن عباس وحجته أن العدة إنما وضعت لإبراء الرحم وهذه قد حصلت لها الإبراء وحجة الجمهور أنها مطلقة فوجب أن تعتد كسائر المطلقات وسبب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

(المسئلة التاسعة) وأما إيلاء العبد فإن مالكا قال إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر قياسا على حدوده وطلاقه وقال الشافعى وأهل الظاهر إيلاءه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر أن تعلق الإيمان بالحر والعبد سواء والإيلاء يمين وقياساً أيضاً على مدة الفنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فإن كانت المرأة حرة كان الإيلاء الإيلاء الحر وإن كان الزوج عبداً وإن كانت أمة فعلى النصف وقياس الإيلاء على الحر غير جيد وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحر لأن الفاحشة منه أقل قبحا ومن الحر أعظم قبحا ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعا بين اتساعه على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة فإذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنتفى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد قالوا يجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الإيلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الإيلاء هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من إيلاء العبيد إلى إيلاء الأحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده أن الأمة إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا إيلاء عليها فإن وقع وتمادى حسب الأربعة الأشهر من يوم بلغت وإنما قال ذلك لأنه لا ضرر عليها في ترك الجماع

وقال أيضا لا إيلاء على خصي ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ في العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يطأ فيها من غير غدر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو أن يكون الإيلاء يعود برجعته إياها في العدة أولا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة أعنى بحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الإيلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من يرى ان الإيلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة . وأما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المفسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر صحتها بيساره ثم فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بإبتداء النكاح أوجب فيها تجديد الإيلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الأصل

﴿ كتاب الظهار ﴾

والأصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهرتني زوجي أويس بن السامت فحجث رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير مابه من صينام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني ساعينه بعرق من تمر قالت وأنا اعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذ هي فاطمى عنه ستين مسكينا خرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول . منها في ألفاظ الظهار . ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح . ومنها هل الإيلاء عليه ، ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته أنت على كظهر أمي انه ظهار واحتلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأييد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لا يكون ظهاراً إلا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء . وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لا يسمى ظهاراً إلا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام . وأما اذا قال هي على كأمي ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوي في ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار . وأما من شبه زوجته بأجنبية لانحرم عليه على التأييد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار * وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم .

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشبهه مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود . ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضا فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليسا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضا فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) والعود عندهم هو العود في الام - الام فاما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ما هو فمن مالک في ذلك ثلاث روايات ، احدها ان العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معا ، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهي أضرب الروايات عند أصحابه ، وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان

يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت انه طائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بمائد ولا كفارة عليه فدلل الرواية المشهورة لمساك تنبئ على أصلين ، أحدهما ان المفهوم من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العودة الى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هي اما الوطء نفسه . واما العزم عليه و ارادته والاصل الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى في الآية (فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكونا تكراراً للفظ لان ذلك تأكيد وتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون له ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقي ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتد الشافعية في اجراءهم اراد الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لاز الشيء مشبها بالشيء وجعلوا حكمها واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربه استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق أثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العودة هو ارادة الامرين جميعاً أعني الوطء والامساك . وأما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أي كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر هنا وهو قياس شبه عارضة النص . وأما داود فانه يتعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) وذلك يقتضي الرجوع الى القوم نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعية ان المعنى في الآية ثم يعودون فيما قالوا انه وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) بمعنى فيه . وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العود تكريراً للفظ وأن العودة الثانية انما هي ثانية للاولى التي كانت منهم في الجاهلية وه تأول أحد هذين فالاشبه له ان يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذو

مجاهد الا ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ازادة الامساك فهنا اذاً ثلاثة مذاهب . اما ان تكون العودة هي تكرار اللفظ ، واما ان تكون ارادة الامساك ، واما ان تكون العودة هي التي في الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعني الاول والثالث ، أحدهما ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة . واما ان لا يقدر فيهما محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعي وحكي عن عثمان البني ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله أعلم .

الفصل الثالث

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة واختلفوا في الظهار من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجاعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الاوزاعي ان كان يطأ أمت فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين ، وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدلل من أوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى « وللذين يظاهرون من نسائهم » والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً انهم قد أجمعوا ان النساء في قوله تعالى « للذين يولون من نسائهم » تريض أربعة أشهر « هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار » فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعني تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعني ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في انظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا فذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها وكذلك ان لم يمين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي وذلك بخلاف الطلاق ويقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل ومن قال به هذا انقول الشافعي وأبو ثور وداد وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو

ان يقول كل امرأة أتزوجها فهي منى كظهر أمي فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الاول قوله تعالى أوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه ذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وقاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظاهر شبه بالطلاق وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ، واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فمن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال أشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعتد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ومن فرق فلان رأى ان أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف في سبب الخلاف تعارض الأشباه في هذا المعنى .

(الفصل الرابع)

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى ومن قبل ان يتماسا ، وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه أيضا لفظ حرمت عليه به فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها . إما ان تدل على ما فوق الجماع . واما ان تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا أعني الحقيقة والمجاز وان كان لم يجز به عادة للعرب .

ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم ان للمشرع فيه تصرفاً لجاز وأيضاً فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب أن يختص عندهم بالفرج.

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما تكرار الظهار بعد الطلاق أعني اذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا تدخل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي ان راجعها في العدة فعليه الكفارة وان راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نمكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم راجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ثم سبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أو لا يهدمها فمنهم من رأى ان البائن الذي هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم واحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم .

(الفصل السادس)

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعي يقولان لا يتداخل الحسبان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً أو لم يكن وبه قال الاوزاعي وأحمد وجماعة ، وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط أن يكون مضاراً وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانه مضار الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة أقوال ، قول انه يدخل باطلاق ، وقوله انه لا يدخل باطلاق ، وقوله انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها ، وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر .

(الفصل السابع)

والنظر في كفارة الظهار في أشياء منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من

واحدة فاما أنواعها فانهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع ، اعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو اطعام ستين مسكيناً وانها على الترتيب فالاعتاق أولاً فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا في الحر . واختلفوا في العبد هل يكفر بالعتق أو الاطعام بعد اتفاقهم ان الذي يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان أذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء . وأما الاطعام فاجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ومبنى الخلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أولاً يملك ؟ وأما اختلافهم في الشروط المصححة فمنها اختلافهم اذا وطء في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام إلا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعي لا يستأنف على حال . وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذي ورد في كفارة الظهار أعنى أن تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لأن الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤنة أم لا فذهب مالك والشافعي الى أن ذلك شرط في الاجزاء وقال أبو حنيفة يجزى في ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل . الفريق الاول انه اعتاق على وجه القرية فوجب أن تكون مسلعة أصله الاعتاق في كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وإنما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنيفة لا يجيزونه وذلك أن الاسباب في القضيتين مختلفة . وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه . ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سليمة فمن أى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجمهور أن للعيوب تأثيراً في منع اجزاء المتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحي والهدايا لكون القرية تجمعها وحجة الفريق الثاني اطلاق اللفظ في الآية . فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيراً في منع الاجزاء اختلفوا في عيب عيباً يعتبر في الاجزاء أو عدمه أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في انه مانع للاجزاء . واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة أجزائه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي . وأما الاعور

فقال مالك لا يجزى وقال عبد الملك يجزى . وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعي يجزى . وأما الاصم فاختلف فيه في مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لا يجزى . وأما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعي في ذلك قولان . أما المجنون فلا يجزى . أما الحصى فقال ابن القاسم لا يجزى الحصى . وقال غيره لا يجزى وقال الشافعي يجزى واعتاق الصغير جائز في قول عامة فقهاء الامصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف في المذهب يجزى . وأما البين العرج فلا . والسبب في اختلافهم اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القرية وليس له أصل في الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجزاً لا اعتاقاً . وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المالك يبيع شيئاً من مال الكتابة لم يجز وان لم يؤد جاز . واختلفوا هل يجزى عتق مدبره فقال مالك لا يجزى تشبيهاً بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعي يجزى ولا يجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى . أما عتق أم الولد فلان عقدها أكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ أما في الكتابة فمن الهجز عن أداء النجوم وأما في التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأما المعتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله . واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعي لا يجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار أجزاء قابو حنيفة شبه بالرقبة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأته انما اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزى قابو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهو لا . قالوا لا بد أن يكون قاصداً للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقاً باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الاول والاخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الاول والاخر بالعكس . واختلف مالك والشافعي فيمن اعتق نصفي عبيد فقال مالك لا يجوز ذلك . وقال الشافعي يجوز لانه في معنى الواحد ومالك تملك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجزى لمساكين مسكين من الستين مسكيناً الذي وقع عليهم النص فعن مالك في

ذلك روايتان أشهرهما ان ذلك مد بمد هشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مد وثلاث . وأما الرواية الثانية فقد مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي . فوجه الرواية الأولى اعتبار الشبع غالباً أغنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفار اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فنما اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجرى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يجرى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر . منهم ان اثنتين فائتين وان ثلاثاً فائلاً وان أكثر فأكثراً من شبهه بالطلاق أو جيب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء أو جيب فيه كفارة واحدة وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا تظاهر من امرأته في مجلس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي تظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا ان يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي وأحمد وإسحق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل تظاهر كفارة . وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة . وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى ابن سعيد يلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجلس شتى . والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعدداً وكذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أو جيب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أو جيب له حكمه ومنها اذا تظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثروا فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن سخر البياضي انه تظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فأنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً وقال قوم عليه

كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء ، لانه وطئ وطئاً محرماً وهو مروي عن عمرو بن العاص وقيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء لاعتن العود ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط حجة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تعجب الا بما مر مجدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ وقال ابو محمد ابن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه النقي أو الصيام .

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه ، الفصل الاول في أنواع اللعان الموجبة له وشروطها ، الفصل الثاني في صفات المتلاعنين ، الثالث في صفة اللعان ، الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه ، الخامس في الاحكام اللازمة لتعام اللعان ، فأما الاصل في وجوب اللعان أما من الكتاب فقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجه الصحيح من حديث عويمر العجلاني اذ جاء الى عاصم ابن عدي العجلاني رجل من وقومه فقال له يا عاصم أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقله فتقولونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فاقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقله فتقولونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغ من تلاعنها قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلعتها ثلثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم نزل تلك سنة المتلاعنين وأيضاً من طريق المعنى لما كان الفرائض موجبة للحقوق للنسب كان بالناس ضرورة الى طريق بنفونه به اذا تحققوا فسادهم وتلك الطريق هي اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك أعلمه فهذا هو القول في اثبات حكمه .

(الفصل الاول)

واما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى أولا صورتان ، احدهما دعوى الزنا ، والثانية نفى الحمل ودعوى الزنا لا يخلو ان تكون مشاهدة أعنى ان يدعى انه شاهدها ترى كما يشهد الشاهد على الزنا أو تكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلو ان ينفيه أيضا نفيا مطلقا أو يزعم انه لم يقربها بعد استبرائها فهذه أربعة أحوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل ان يدعى بالزنا وينفى الحمل أو يثبت الحمل ويرمى بالزنا . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد . واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وداود وغيرهم . واما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم أيضا انه يجوز وهي أيضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ولم يخص في الزنا صفة دوث صفة كما قال في ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاجاديت الواردة في ذلك . منها قوله في حديث سعد أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يا رسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت بأذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم) الآية وأيضا فان ادعى يجب أن تكون بينة كالشهادة وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك في ذلك روايتان ، احدها سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى الموجبة للعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا فقال مالك والشافعى والاوزاعى وجماعة بينهما لعان وقال أبو حنيفة لا لعان بينهما الا ان ينفى ولداً ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . واما ان نفى الحمل فانه كما قلنا على وجهين أحدهما ان يدعى أنه استبرها ولم يطأها بعد الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة . واما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعى وأحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعى انه لا يجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف

واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور ينفيه وهي حامل
 وشرط مالك انه متى لم ينفيه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال
 الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه
 بعد الولادة وقال ابو حنيفة لا ينفي الولد حتى تضع . وحجة مالك ومن قال بقوله
 الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعدان النبي عليه الصلاة
 والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين . قال ان جاءت على صفة كذا فما اراه الا قد صدق
 عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان . وحجة ابي حنيفة ان الحمل قد ينفس
 ويضمحل فلا وجه لللعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاما
 كثيرة كالنفقة والمدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابي حنيفة
 انه يلاعن وان لم ينفي الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك
 وقتا ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من وقت
 الولادة والذين اوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه في وقت المصمة واختلفوا
 في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها
 بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين
 وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكراً له وبقریب من هذا
 المعنى قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في المدة فقط وان نفاه في غير
 المدة حد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الحمل
 على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم
 هو المعتاد من ذلك وهي التسعة أشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم
 به في مدة المصمة فإزاد على اقصر مدة الحمل وهي الستة أشهر أعنى ان يولد المولود
 لسنة أشهر من وقت الدخول أو امكانه لا من وقت العقد وشذ أبو حنيفة فقال من
 وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب
 الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد انه يلحق
 به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لانه انما اعتمد في ذلك عموم
 قوله عليه الصلاة والسلام : الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد
 فكانه رأى ان هذه عبادة غير معقدة وهذا شيء ضعيف . واختلف قول مالك من هذا
 الباب في فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات
 احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية انه يلاعن وينفي الولد ؛ والثالثة
 انه يلحق به الولد ويلاعن ليدرا الحد عن نفسه . وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته

مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضا من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن أم لا فقال أبو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان إنما جعل عوض الشهود ولقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد الا أنفسهم) الآية وقال مالك والشافعي يلاعن لان الشهود لا تأثير لهم في دفع الفرائش

(الفصل الثاني)

وأما صفة المتلاعنين فان قوماً قالوا يجوز للامان بين كل زوجين حرين كانا او عبيدين أو أحدهما حر والاخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلماً والزوجة كناية ولالمان بين كافرين الا أن يترافعا البنا ومن قال بهذا القول مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه لالمان الا بين مسلمين حرين عدلين وبالجمله فالامان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة. وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاد الا أنفسهم) ولم يشترط في ذلك شرطاً ومعمد الحنفية أن الامان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة اذ قد سماه الله شهاداً لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) ويقولون أنه لا يكون لمان الا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفي النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى عليه وسلم قال: لالمان بين أربعة العبيدين والكافرين والجمهور يرون أنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحدا لا يشهد لنفسه . وأما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الآية ثم قال (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعوا على جواز لمان الاعمى واختلفوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

(الفصل الثالث)

فاما صفة اللعان فتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتهما تترنى وان ذلك الحمل ليس مني ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم هي تشهد أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالفضب هذا

متفق عليه واختلف الناس هل يجوز ان يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسائه والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا مانص عليه من هذه الالفاظ . أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

(الفصل الرابع)

فاما إذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحدس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام في الاجنبى والزوج وقد جمل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعنى انه يحد وما جاء أيضا من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلاني من قوله عليه الصلاة والسلام : ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثانى بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لا يجابه زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الاحاد قالوا وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبى فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدراً عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرى عنها باليمين وللأشترى الذى في اسم العذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور انها تحدد وحدها الرجم ان كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالجلد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلعن وحجته قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك الدم بالنكول حكم رده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء مبناه في الشرع على أنها لا تراق الا بالينة العادلة أو بالاقرار ومن الواجب الا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فابو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالى في كتابه في البرهان بقوة أسى حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعى وانفقوا على انه اذا أكذب نفسه حد والحق به الولد انه

كان نفي ولدأ . واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان . اما بنفسه واما بحكم حاكم على ما نقوله بعد فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امرأته . وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها ولم يستثن فاطمى التحريم وحجة الفريق الثانى انه اذا اكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

(الفصل الخامس)

فاما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل . منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فتنى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى ان الفرقة تقع باللعان لما اشتهر في ذلك في أحاديث اللعان من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها وقال عثمان البنى وطائفة من أهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية الايمان ولا هو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضاً فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبيهاً بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض . والتهاثر وابطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية بينهما على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من ان تكون عقوبتهما الفرقة وبالجمللة فالقبح الذى بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعاً من اللعان وقال الشافعي اذا أكل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحداً كاذب لا سبيل لك عليها وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفي المسب فوجب ان كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل

تشبيها بالطلاق وحجتهما جميعاً على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال : لا سبيل لك عليها فرأى أن حكمه شرط في وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان . فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة والأصل أن لا فرقة الا بطلاق وإنه ليس في الشرع تحريم يتأبد أعني متفقاً عليه فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة قال بإيجابها وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها . وأما المسئلة الرابعة وهي إذا قلنا أن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فإن القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأييد التحريم به فاشبه ذات المحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين إذ كانت عنده بحكم حاكم .

(كتاب الاحداد)

أجمع المسلمون على أن الأحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة إلا الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم وأب أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب وروياه عن مالك وبه قال الشافعي أعني أن لا احداد على الكتابية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداً وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذه هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد . وأما اختلافهم من قبل العدد فإن مالك قال لا إحداد إلا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثوري الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب . وأما الشافعي فاستحسنه للمطلقة ولم يوجب به . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع عنه فاتها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النس

وذلك كالخلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جهله بالليل دون النهار وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجنب الحاد متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لا يجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام : ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عليها افتكبتحلمما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احدا كن ترمى بالبعرة على رأس الحول وقل أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعميل على القول بايجاب الاحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فسيحت به طارضيها ثم قالت والله مالى به من حاجة غير انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحدد على ميت فوق ثلاث ايام الا على زوج أربعة أشهر وعشراً فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش (قال القاضي) وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعنى هل يقتضى الوجوب أو الاباحة . وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى أن الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى أنه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحدد الا على زوج قال وشرطه الايمان في الاحداد يقتضى انه عبادة . وأما من فرق بين الامة والحرية وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق . أحدهما الاحداد . والثانى ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذها والحاجة الى استخداها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم في المكاتبه فمن قبل تردها بين الحرية والامة . وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحدد الا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة

فتعلق بالظاهر المتطوق به ومن الحق المطلقات بين فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لا تتشوف اليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي اليهم وذلك سداً للذريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى ،

﴿ كتاب البيوع ﴾

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولاً أكثرها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة ؛ الثاني تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضاً أعني في كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة . الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضاً . الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولاً أكثرها . الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعني اذا وقعت . السادس نذكر فيه نوعاً نوعاً من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

(الجزء الاول) ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلو أن تكون عينا بعين أو عيناً بشيء في الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث . إما نسبة وإما ناجز وكل واحد من هذه أيضاً إما ناجز من الطرفين . وإما نسبة من الطرفين . وإما ناجز من الطرف الواحد نسبة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسبة من الطرفين فلا يجوز باجماع لابي العين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه واسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد

و حال العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين
خلا يخلو ان تسكون ثمننا يتمون أو ثمننا بتمن فان كانت ثمننا بتمن سمي صرفا وان
كانت ثمننا بتمن سمي بيعاً مطلقاً وكذلك متمونا بتمن على الشروط التي تقال بعد
وان كان عينا بذمة سمي سلماً وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على
المراوحة سمي بيع مراوحة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

(الجزء الثاني) واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهى الشرعى في
البيع وهي اسباب الفساد العامة وجدت أربعة ؛ أحدها تحريم عين البيع ؛ والثاني
الربا ، والثالث الفرر ؛ والرابع الشروط التي تؤل الى عد هذين او لمجموعهما وهذه
الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهى إنما تعلق فيها بالبيع من جهة
ما هو بيع لا امر من خارج . وأما التي ورد النهى فيها لاسباب من خارج فمنها
الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة
بالبيع ففي هذا الجزء أبواب .

(الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع)

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالاصل في تحريمها
حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله
ورسوله حرما يبيع الحمر والميتة والخنزير والاصنام ف قيل يا رسول الله أرأيت
شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت
الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال في الحمر ان الذي حرم شرها
حرم بيعها والنجاسات على ضربين ؛ ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي
الحمر وانها نجسة الا خلافا شاذاً في الحمر أعني في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها
التي تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التي تقبل الحياة . واختلف في الانتفاع
بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القعم الثاني وهي النجاسات التي تدعو
الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعها
في المذهب فقيل بمنعها مطلقاً وقيل باجازتها مطلقاً وقيل بالفرق بين العذرة والزبل
أعني اباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من اتياب الفيل لاختلافهم
هل هو نجس أم لا فمن رأى انه ناب جملة ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل
حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب .

وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته فمنها الكلب والسنور .

أما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين مالا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن مالا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وأما كلبه فأما من أراد لاكل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ولم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه فقل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيثان ، أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالتخزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجاز بيعه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالأشياء الطاهرة العين وقد تقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين وفي كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الاكل ولا مباح الانتفاع به الا ما استثناء الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء ثمن الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهي عن ثمن السورق ثبات ولكن الجمهور على إباحته لأنه طاهر العين مباح المنافع فبسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز إذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول إن الله ورسوله حرم الخمر والميتة والتخزير وعمدة من أجازها أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ولا سيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى المحرمة فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والتخزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الإباحة أعني أنه إن كان فيها منافع سوى الاكل فيعت لهذا جاز ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل إن في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل أعني لتحريم البيع واختلاف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين . أحدهما جواز ذلك . والآخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت إذا خالطه النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عند الغسل والطبخ ومن

رآه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائتهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع ابن الآدمية اذا حلب فالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لا يجوزه وعمدة من أجاز بيعه انه ابن أبيح شربه فايح بيعه قياسا على ابن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه في الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا الانسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله ابن الحنظير والانان يفسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض اقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول .

الكتاب الثاني في بيع الربا

واتفق العلماء على ان الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فاما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي ينهى عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني أزدك وهذا هو الذي عناء عليه الصلاة والسلام : بقوله في حجة الوداع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد . وأما الربا في البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسبية وتفاضل الا ما روى عن ابن عباس من انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لا ربا الا في النسبة وانما صار جمهور الفقهاء الى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول : الفصل الاول في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء وتبين علة ذلك ، الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء ، الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا ، الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً .

(الفصل الاول)

فنعول أجمع العلماء على ان التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الاصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الا ما حكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح .

الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان . وأما منع النسبة فيها فنثبت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه وإباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك ان فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم بدأ بيد والبر بالشعير كيف شئتم بدأ بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها . فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يتمتع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يتمتع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضا ان النساء يتمتع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الا ما حكى عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ما عدى الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص أريد به العام . واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التثنية عليه بهذه الاصناف أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذي استقر عليه حذاق المالكية ان سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الاكثر وقال بعض أصحابه الربا في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضا مع كونهما رؤسا للأثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل أن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا أن الطعم باطلاق علة لمنع النساء في المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الاربعة

هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف . مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه السنة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي مالكاً في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعني أن كونهما رؤساً للثمن وقيماً للمنفقات هو عندهم علة منع النسبة إذا اختلف الصنف فإذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدرأ ينأى فيه الكيل وسيأتى أحكام الدنانير والدرهم بما يخصها في كتاب الصرف . وأما ههنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء على علل الربا المطلق في هذه الأشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم * فنقول أن الذين قصرنا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين ، أما قوم نفوا القياس في الشرع أعني استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية ، وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من الحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فإنما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة إلا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال يريد منع الغبن ، وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى إذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزيب فقط بهذه الأصناف الأربعة لأنه زعم أنه في معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعني من القائسين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة أما الشافعية فانهم قالوا في تثبيت علتهم الشبهة أن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا وإذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلاً بمثل فمن البين أن الطعم هو الذي علق به الحكم . وأما المالكية فانها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الوطأ وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتعليق على ذلك بالنص على واحد من تلك الأربعة الأصناف المذكورة فلما ذكر منها عدداً علم أنه قصد بكل واحد منها التنبية على ما في مناه وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار أما البر والشعير فخبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلوات المدخرة

كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضا فانهم قالوا لما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يغبى بعض الناس بعضا وان تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاش وهي الاقوات ، وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاقي الصنف واتفاقي القدر وعلق التحريم باتفاقي الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بحير من حديث أبي سعيد وغيره الا كيلا بكيل يدا بيد رأوا ان التقدير أغنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تلييه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها انهم رروا في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك بما يكال ويوزن وفي بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا نص لو صحت الاحاديث ولكن اذا توّمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علم ان علمهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه وان العدل في المعاملات إنما هو مقارنة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى في الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أغنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أغنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أغنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذي يساوى هذا القدر عددها هو عشرة اثواب فاذا اختلف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العادلة أغنى أن يكون عدل فرس عشرة اثواب في المثال ، وأما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل في هذه إنما هو بوجود التساوى في الكيل أو الوزن اذ كانت لا تفاوت في المنافع وأيضا فان منع التفاضل في هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل إنما يضطر اليه في المنافع المختلفة فاذا منع التفاضل في هذه الاشياء أغنى المكيلة والموزونة علتان . إحداهما وجود العدل فيها . والثنى منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وإنما المقصود بها تقدير الاشياء التي لها منافع ضرورية

وروى مالك عن حميد بن المسيب انه كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت اهم منه فيما ليس هو قوتاً وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الاجناس التي تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقا أعنى للمالية وهو مذهب ابن الماجشون .

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسبة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعم فإن علة منع النسبة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي نسبة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسبة في هذه لانه عنده من باب السلف الذي يجز منفعة .

(الفصل الثالث)

وأما ما يجوز فيه الامران جميعا أعنى التفاضل والنساء فلم يكن ربويا عند الشافعي . وأما عند مالك فلم يكن ربويا ولا كان صنفا واحدا متماثلا أو صنفا واحدا باطلاق على مذهب أبي حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وأبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس بالصنف عنده مؤثراً الا في الربويات فقط أعنى انه يمنع التفاضل فيه وليس هو علة للنساء أصلاً فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث قاما الاشياء التي لا تجوز فيها النسبة فانها قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل . قاما الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسبة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسبة . وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان امام مطومة واما غير مطومة فالنساء عنده لا يجوز فيها علة المنع الطعم . واما غير المطومة فانه لا يجوز فيها النساء عنده

فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا ان تكون احدهما حلوبة والاخرى أكلة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يستبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحدا وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجوز شاة بشاتين نسيئة ونقداً وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد الذريعة وذلك أنه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يجزئها وهو يحرم وقد قيل عنه أنه أصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التساويل له لان ظاهره يقتضي أن لا يحوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف وكان مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسماح سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذي ويشهد لمالك ما رواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح للنساء ولا بأس به يداً بيد . وقال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه ان يكون أصلاً بنفسه لا من قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الروايات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام : لا تبيعوا منها غائباً بناجز فمن شرطها التقابض في المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق

ليس شرطاً في اليسوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الاصل .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر في التفاضل مما لا يعد صنفاً واحداً في مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً بما لا يعد صنفاً واحداً فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى أنهما صنف واحد وصار آخرون الى أنهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعي وحكاه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب وبالثاني قال الشافعي وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلاً بمثل فجعلهما صنفين وأيضاً فان في بعض طرق حديث عبادة ابن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد ذكره عبد الرزاق ووکیع عن الثوري وصح هذه الزيادة الترمذي وأما اقياس فلأنهما شيئان اختلفت اسمائهما ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة في الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتدوا في ذلك أيضاً السماع والقياس أما السماع فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام : قال الطعام مثلاً بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فمنهم عديدوا كثيراً من اتفاقهما في المنافع والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق والسلب عند مالك والشعير صنف واحد وأما البقضية فأنها عنده صنف واحد في الزكاة وعنه في اليسوع روايتان احدهما انها صنف واحد والاخرى انها أصناف . وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والارز والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فلهم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضاً وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها

التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز إلا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والآخر أن جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلاً ومالك لا يجيزه والشافعي لا يجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلاً ومالك يجيزه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام : الطعام بالطعام مثلاً ومثل ولائها إذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناوياً واحداً وعمدة المالكية أن هذه اجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول أن الاختلاف الذي بين الأنواع التي في الحيوان أعني في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعى أن وزان الاختلاف الذي بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والحنفية أقوى من جهة الممنوع لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المصلحة .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال ، قول أنه لا يجوز باطلاً وهو قول الشافعي والليث ، وقول أنه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المتفقة أعني الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الأكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده في الحيوان المأكول حتى أنه لا يجيز الحى بالحى إذا كان المقصود الأكل من أحدهما فهي عنده من هذا الباب أعني أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث أنه يجوز مطلقاً وبه قال أبو حنيفة بسبب الخلاف معارضة الأصول في هذا الباب المرسل سعيد بن المسيب وذلك أن مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول الشيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى أن الأصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين ، إما أن يغلب الحديث فيجمله أصلاً زائداً بنفسه ، أو يردّه لمكان معارضة الأصول له فالشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الأصول ومالك رده إلى أصوله في الشيوع وجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوى بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتى الكلام على هذا الأصل فإنه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهي داخله في الربا بجهة وفي الغرر بجهة وذلك أنها متنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الأصل .

(مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل قالوا شهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطنه ، وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافا من قوله وإنما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقا اختلف كيلاه ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل ان أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا ، وقال الشافعي لا يجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك قالوا شهر في الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما المعجبين بالعجين فجاز عنده مع المماثلة وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لا يمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لا تنقله . واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها ان الصنعة تنقله من الجنس أعنى من أن يكونا جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباحي في المنتقى وكذلك أيضا يصير حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شيء من الاجناس التي يقع بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك أعنى في الحيوان والعروض والنبات وسبب العسر أن الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادية النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام ان يجرى تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هي أمهات هذا الباب .

(فصل) وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسة من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعيد بن أبي وقاص

انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فاختد به أكثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعى وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحبا محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوى بقول أبي حنيفة ❦ وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المائلة والمساواة وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لاحال المآل فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث أيضا اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج الشيخان قال الطحاوى خولف فيه عبد الله فرواه يحيى بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر لسيئة وقال ان الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطنه قياسا به على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل رطب يابس من نوعه حرام يعنى منع المائلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمي المزبنة عند مالك المنهى عنها عنده والعربة عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعى والمزبنة عند أبي حنيفة المنهى عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر في رؤس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى وطرد الشافعى هذه العلة في الشيتين الرطيين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث . وأما اختلافهم في بيع الجيد بالردى في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنيتين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر ، أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مدين من الطيب فجعل معه الردى ذريعة الى تحليل ما لا يجب من ذلك ووافق الشافعى في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردى عن الوسط والا فليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنائير أو دراهم اذا كان الصنف الذى يجمل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما

عرض والصنفان مختلفان في القدر ، فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثاني مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز فبسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساوياً له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع فن قل الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساوياً لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة ، مثل ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوى لكيل ، والا وقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضاً في هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلاً فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

﴿ باب في بيع النرائع الربوية ﴾

وهنا شيء يعرض للمتبايعين اذا قل أحدهما الآخر زيادة أو نقصان وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه زيادة أو نقصان وهو ان يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تباع ربوي مثل أن يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذي يعرف ببيع الآجال فنذكر من ذلك مسألة في الاقالة ومسئلة من بيع الآجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وإنما المقصود فيه تحصيل الأصول .

(مسئلة) لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلاً الى أجل ثم ندم البائع فسأل المتبايع أن يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلاً نقداً أو الى أجل أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مسانف ولا حرج في أن يبيع الانسان الشيء بشئ ثم يشتريه بأكثر منه لانه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التي زادها نقداً أو الى أجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو الى أجل . وأما ان ندم المشتري في هذه المسئلة وسأل الاقالة على أي يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً أو الى أجل

أبعد من الاجل الذى ونجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافعى يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى اجل وإلى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشتري دفع العشرة متاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه وأيضا يدخله بيع وسلف كان المشتري بآءه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الاجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعى فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشتري منه غلاماً بالتسعين دينارا التي عليه وينعجل له عشرة دنائير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على أنهم لا يجوز وأما أن كان البيع الاول نقدا فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذى يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهر امن البيع من غير ان تكون له حقيقة . وأما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال فهي ان يبيع الرجل سلعة بشمن الى اجل ثم يشتريها بشمن آخر الى اجل آخر أو نقداً وهما تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسألتين وانفق في الباقي وذلك أنه من باع شيئاً الى اجل ثم اشتراه . فلما أن يشتره الى ذلك الاجل بعينه أو قبله أو بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة . إما أن يشتره بمثل الثمن الذى باعه به منه وإما بأقل . وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين وهو أن يشتريها قبل الاجل نقداً بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجهان أهل المدينة أن ذلك لا يجوز وقال الشافعى وداود وأبو ثور يجوز فمن منعه فوجه منه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنائير في أكثر منها الى اجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلابها الى الحرام مثل أن يقول قائل لا آخر أسلفنى عشرة دنائير الى شهر وارد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتره منك بعشرة نقداً . وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يا أم المؤمنين انى بيعت من زيد عبداً الى العطاء بتماثئة فاحتاج الى ثمنه فاشترته منه قبل محل الاجل بستمئة فقالت عائشة بشما شريت وبشما اشريت أبلغى زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

ان لم يتب قالت ارأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فمن جاءه موعظة
من ربه فانتهي فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضاً
فان زيدا قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعي
عن ابن عمر . وأما اذا حدث بالمبيع تنقص عند المشتري الاول فان الثوري
وجاعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك
الثنى وعن مالك في ذلك روايتان والصواب التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه
اليوع هي ان يتذرع منها الى أنظرني أزدك او الى بيع ما لا يجوز متفاضلا او بيع
مالا يجوز نساء او الى بيع وسائق او الى ذعب وعرض بذهب او الى ضع وتعجل
او بيع الطعام قبل ان يستوفي او بيع وصرف فان هذه هي اصول الربا ومن هذا
الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل ان يقبضه فتمه مالك وأبو حنيفة وجاعة
واجازة الشافعي والثوري والاوزاعي وجاعة وحجة من كرهه انه شبهه ببيع الطعام
بالطعام نساء ومن اجازة لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم
فيمن اشترى طعاما بتمن الى اجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه
اليه فاشترى من المشتري طعاما بتمن يدفعه اليه مكان طعامه الذي وجب له فاجاز ذلك
الشافعي وقال لا فرق بين ان يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه او من
المشتري نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفي
لانه رد عليه الطعام الذي كان ترأب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه
وصورة الذريعة في ذلك ان يشتري رجل من آخر طعاما الى اجل معلوم فاذا حل
الاجل قل اذى عليه الطعام ليس عندي طعام ولكن اشترى منك الطعام الذي
وجب لك دلي فقل هذا لا يصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفي فنقول له فبيع طعاما
منى وارده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه أعنى ان يرد عليه ذلك الطعام الذي
أخذ منه ويقي الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذي هو في ذمته . وأما الشافعي
فلا يعتبر اثم كما قلنا وانما يراعى ما يحل ويحرم من اليوع ما اشترطوا وذكره بالسنتهما
وظاهر من قلنا لاجب العلماء دلي انه اذا قل أبيك هذه الدراهم بدراهم مثلاً
وأنظرك بها حولا أو شهراً انه لا يجوز ونو قل له أسدنى دراهم وأمهاني بها حولا أو
شهراً جاز فليس بينهما الا اختلاف لنظ البيع وقصده ولنظ انقراض وقصده ولما
كانت اصول الربا كما قلنا خمسة انظرني أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع
الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب في فاعل ذلك يدفع دنائير ويأخذ
أكثر منها من غير تكاف فعل . ولا ضمان يتعاق بذمته فينبغي ان نذكرها هنا هذين

الأصلين أما ضع وتعجل وأجازة ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الأمصار؛ واختلف قول الشافعي في ذلك فأجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل أن يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضا يأخذه وإن كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل أنه شبه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضوعين جميعا وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من أجازة ماروي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم : لما أمر باخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا نبي الله اذك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضموا وتعجلوا . فسيب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه فإن العلماء يجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتي وإنما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع ، أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات ، والثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط ، والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وخزافا ففيه ثلاثة فصول .

(الفصل الاول)

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته. وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان ، أحدهما المنع وهي الأشهر وبها قال أحمد وأبو ثور إلا أنهما اشترطا مع الطعام الكيل والوزن والرواية الأخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول وهي الدور والغفار . وأما الشافعي فإن القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحاق كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال ، الاول الطعام الربوي فقط ، والثاني في

الطعام باطلاق ، الثالث فى الطعام المكيل والموزون ، الرابع فى كل شيء ينقل ، الخامس فى كل شيء ، السادس فى المكيل والموزون ، السابع فى المكيل والموزون والمعدود أما عمدة مالك فى منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلوات والسلام : لا يحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا بيع مالم يضمن عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبنى على مذهبه من أن القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشتري واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله انى أشتري ببوعا فما يحل لى منها وما يحرم فقال يا ابن أخى اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى يقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك ان عبد الله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة الا أعرف لهما جراحة الا أنه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك فى الحقيقة ليس بجراحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينقل لان ما ينقل القبض عنده فيه هي التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن فلا تفاقهم ان المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع الى ضمان المشتري الا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن .

(الفصل الثانى)

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فان العقود تنقسم أولا الى قسمين . قسم يكون بمعاوضة . وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة اقسام . أحدها يختص بقصد المغالبة والمكاسية وهى البيوع والاعاريات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره . والقسم الثانى لا يختص بقصد المغالبة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض ، والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعا أعنى على قصد المغالبة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الأقسام . أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه وذلك فى الشيء الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء وأما ما كان خالصا للرفق فأعنى القرض فلا خلاف أيضا ان القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى انه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغالبة وهى التولية والشركة والاقالة فانما وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان

فلا خلاف أعلمه في المذهب ان ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجاوز الأقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات أنها في معنى البيع المنهى عنه وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والأقالة والشركة للآثر والمعنى . أما الآثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو أقالة . وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الفرق لا المغالبة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجلل لأن العوض في ذلك ليس بيننا اذ لم يكن عبنا .

(الفصل الثالث)

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافا فإن مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الاوزاعي ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجتهم عموم الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه لأن الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن الحجج لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا فبحث الينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال ابن عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد روته جماعة وجوده عبيد الله بن عمرو وغيره وهو مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهذا من باب تخصيص عموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أنه يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفا فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة بسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريبا مما كان سألها أن يعطيه من الدراهم قرضا فيرد عليه ضعفا وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرنا أنها غير جائزة في المذهب أعني اذا تقاررا على الثمن الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمرا قد

بعد اصلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب
يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وإنما الدين بالدين مالم يشرع في
أخذ شيء منه وهو القياس عند كثير من المالكين وهو قول الشافعى وأبى حنيفة ومما
أجازته مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من ان الناس
كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والتمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزناً معلوماً
قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يبتاع في الأسواق وروى ابن القاسم ان ذلك
لا يجوز الا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا
فهذه هي أصول هذا الباب كله إنما حرم في الشرع لمكان الثمن الذي يكون طوعاً
وعن علم .

﴿ الباب الثالث ﴾

وهي البيوع المنهى عنها من قبل الثمن الذي سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات من جهة
الجهل على أوجه اما من جهة الجهل بتعيين المقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل
بوصف الثمن والمثمن المبيع أو بقدره أو باجمله ان كان هنالك أجل وأما من
جهة الجهل بوجوده أو تضر القدرة عليه وهذا راجع الى تيميز التسليم وإما من جهة
الجهل بسلامته أعني بقاءه وههنا بيع جمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التي
توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيع منطوق بها وبيع مسكوت عنها والمنطوق
به أكثره متفق عليه وإنما يختلف في شرح أسماؤها والمسكوت عنه يختلف فيه ونحن
نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت
عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون في نفس الفقه أعني في رد
الفروع الى الأصول . فاما المنطوق به في الشرع . فنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع
حبيل الحبل . ومنها نهيه عن بيع ما لم يخاف ومن بيع الثمار حتى ترهي وعن بيع الملامسة
والمنابذة وعن بيع الحصة . ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشرط
وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والجنب حتى يسود ونهيه عن المضامين
والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا
ينشره أو يبتاعه لئلا يعلم ما فيه وهذا مجمع على تحريمه وسبب تحريمه الجهل بالصفة .
وأما بيع المنابذة فكان أن يبتد كل واحد من المتابعين الى صاحبه الثوب من غير
ان يعين ان هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . وأما بيع الحصة
فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصة التي أرمى بها

فهو يوقل أيضا أنهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع جبل الحبة فيه تأويلان . أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم ينتج ما في بطنها والفرر من جهة الاجل في هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هي ما في بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جهلية متفق على تحريمها وهي محرمة من تلك الالوجه التي ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن يكون قبل ان ترهى أو بعد ان ترهى وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع . أما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعومة وهي بيع الشجر اعواما الا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازها وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره الا ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن ترهى أو قبل أن ترهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازها الا ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز الا ما ذكره اللخمي من جوازها تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا فاختلف في ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على أنه لا يجوز مالك والشافعى وأحمد واسحق والليث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع مالم يزه بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سألنى بعد ما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري فعلم ان ما بعد الغاية بخلاف

حاقبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن ترهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرأيت أن منع الله الثمرة فيهم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى في هذا على الإطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأيت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية إلى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطاقاً في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية المنوعة فمن حمل الإطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بمومه قال لا يجوز ومن حمّله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه أنه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجّتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن ترهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن ترهى على التنبه واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدوا صلاحها فإذا جذا الناس وحضر تقاضيتهم قال المبتاع أصاب النمر الزمان أصابه من أصابه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالشهوة يشير بها عليهم لا يبيعوا الثمر حتى يبدوا صلاحها وربما قالوا إن المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدوا صلاحها هو ظهر الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن منع الله الثمرة فيهم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى إذا بيع الثمر مع الأصل وأما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهو فلا خلاف فيه والإطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر الا قليلاً ولولم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة توقع وكان هذا الشرط باطلاً وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والإطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجّتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليمه والالحقه الغرر ولذلك لم يجز أن يباع الأعيان إلى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الأعيان إلى أجل

لكون الثمر آيس يمكن أن يبيس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين ، أحدهما في جواز بيعها قبل أن تزهي . والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الزهاء أو بمطلق المقد وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعنى في شرط القطع ولن أذهى وإنما كان خلافهم في الموضع الأول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك أيضا مروى عن عمر الخطاب بن وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذي جوز رسول الله صلى عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه اليسر ويسود فيه العنبان كان مما يسود وبالجمل ان تظهر في الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهي فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ما به حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من ايار وهو مايو وهو قول ابن عمر ايضا سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ماحوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا لان المشهور عنه انه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر مع الزهاء طلوع ثريا فالحصل في بدو الصلاح للماء ثلاثة أقوال ، قول انه الزهاء وهو المشهور ، وقول انه طلوع ثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء ، وقول الامر ان جيباً وعلى المشهور من اعتبار الزهاء يقول مالك اذا كان في الحائط لواحد بعينه أجناس من اثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الزهاء في بعضه لاني كله اذا لم يكن ذلك الزهاء مبكراً في بعضه مبكراً يتراخى عنه البض بل اذا كان متتابعاً لان الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو اذا بدا طيب في الثمرة ابتداء متناسباً غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقول الشافعي لا يجوز الا بيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحداً للنوع الواحد والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يعاب كان من بيع ما لم يخاف ذلك ان

صفة الطيب فيه وهي مشطرة لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الخنطة في سنبها دون السنبل لأنه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع السنبل نفسه وإن اشتد لأنه من باب الغرر وقياساً على بيعه مخلوطاً بنبهه بعد الدرس وحجة الجمهور شيان الأثر والقياس أما الأثر فما روى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى يزهي وعن السنبل حتى تبيض وتأمين العاهة نهى البائع والمشتري وهي زيادة على ما رواه مالك من هذا الحديث والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعي أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث. وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك إلا على القطع. وأما بيع السنبل غير محصود فقل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز إلا إذا كان في حزمه وأما بيعه في نبهه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيها أحسب هذا إذا كان جزافاً فاما إن كان مكبلاً فجائز عند مالك ولا أعرف فيه قولاً لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمل حبا للمشتري وقال غيرهم هو على المشتري. ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبي هريرة قال أبو عمر وكلها من نقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بوجوب هذا الحديث عموماً واختلفوا في التفصيل أغنى في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عليها وانفقوا أيضاً على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة، أحدها ما في مثنونين بثمانين أو مثنون واحد بثمانين أو مثنونين ثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم. أما في مثنونين بثمانين فإن ذلك يتصور على وجهين أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثمانين كذا على أن تبغني هذه الدار بثمانين كذا، والثاني أن يقول له أبيعك هذا الغلام بدينار أو هذه الأخرى بدينارين. وأما بيع مثنون واحد بثمانين فإن ذلك يتصور أيضاً على وجهين، أحدهما أن يكون أحد الثمنين نقداً والآخر نسيئة مثل أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بعشرة أو إلى أجل بعشرين، والوجه الثاني أن يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بثمانين كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بثمانين كذا. وأما مثنونان

بشمن واحد فقل ان يقول له أبيعك أحد هذين بشمن كذا فأما الوجه الاول وهو ان يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على ان تبني هذا الفلام بكذا فنصر الشافعي على انه لا يجوز لان الثمن في كليهما يكون محبولا لانه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن أو المثلون . وأما الوجه الثاني وهو ان يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الاخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك فأجازه اذا كان النقد واحدا أو مختلفا وعله منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الدرائع لانه يمكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث وهو ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازما في أحدهما فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لانهما اختلفا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمينين في الآخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيع الفرر التي نهى عنها وعله امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لا مسكان ان يكون الذي له الخيار قد اختار أولا انفاذ العقد بإحد الثمينين المؤجل أو المعجل ثم بداله ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمينين لثمن الثاني فكأنه باع أحد الثمينين بالثاني فيدخله ثمن بشمن نسيئة أو نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقداً وان كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام متفاضلا وأما اذا قال اشترى منك هذا الثوب نقداً بكذا على ان تبنيه مني الى اجل فهو عندهم لا يجوز باجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله ايضا علة جهل الثمن وأما اذا قال له أبيعك أحد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه أحدهما ايها الخيار واقترا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فانه لا خلاف بين مالك والشافعي في انه لا يجوز وقال عبد العزيز بن أبي سلمة انه يجوز وعله المنع الجهل والفرر . وأما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي . وأما مالك فانه أجازه لانه يجوز الخيار بعد عقد البيع في الاصناف المستوية لقلة الفرر عنده في ذلك وامان لا يجوز فيعتبره بالفرر الذي لا يجوز

لانهما افرقا على بيع غير معلوم وبإجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وان القليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لتردها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقيض الثوب من المشتري على ان يختار فهلك احدهما أو اصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشتري الا ان تقوم البيئة على هلاكه وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يذاب عليه وبين ما لا يغاب عليه كالعبد يضمن فيما لا يغاب عليه ولا يضمن فيما لا يغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقي قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر في أحكام البيوع وينبغي أن تعلم ان المسائل الداخلة في هذا المعنى هي أما عند فقهاء الامصار فمن باب الغرر . وأما عند مالك فمنها ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهي عن بيع التبا وعن بيع وشرط فهو وان كان سيئه الغرر فالأشبه ان نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

(فصل)

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

(مسألة) المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا الاختلاف في بيعه ومبيع غائب أو متمذر الرؤية فهنا اختلاف العلماء فقال قوم بيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قول الشافعى وهو المنتصور عند أصحابه أعنى ان بيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء انفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لا ينقذ البيع أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لأصولنا . وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير المعفو عنه قال الشافعى رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه

رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية . وأما مالك
فأرى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند
مالك ان الصفة انما تنوب عن العينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في
نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على
البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه
حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه
قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف
تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدافا في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا
يارض له أخرى بأربعين ألفا أو أربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا
ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية
من جهة ما هو غائب غرر وهو هل موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه
أن يكون قريب الغيبة الا أن يكون مأمونا كالعقار ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء
برؤية متقدمة أعني اذا كان من القرب بحيث يؤمن ان تتغير فيه فاعلمه .

(مسئلة) وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم
المبيع الى المتاع باثر عقد الصفة الا ان ما تكرر بيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع
الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب
وأما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم وبشبهه أن يكون بيع
الدين بالدين من هذا الباب أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من
باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم انه
لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمرا قد بد اصلاحه ويراه من
باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين ما لم يشترع في قبض
شيء منه أعني انه كان يرى أن قبض الاوائل من الأئمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو
القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

(مسئلة) أجمع فقهاء الامصار على بيع المثل الذي يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه
وان لم تطب معاجلته واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون
المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل فان لم تتصل لم يكن بيع ما لم يخلق منها اذا خلا فيما خلق
كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصل فلا يخلو أن تتميز البطون أو لا تتميز
فمثال التميز جزاء التفصيل الذي يجر مدة بعد مدة ومثال غير التميز المياضع والمقاني والباذنجان
والفرع في الذي يتميز عنه وينفصل روايتان احدهما الجواز والاخرى المنع وفي الذي

يتصل ولا يتميز قول لمواحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعي في ذلك فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ما خلق وبداء صلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ما طاب لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعني ما طاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطناً أكثر من واحد لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزاً . وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لا يتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة واللفت والجزر والكرنب جاز عند مالك يبيعه إذا بدا صلاحه وهو استحقيقه للأكل ولم يجره . الشافعي إلا مقلوعاً لأنه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقل في قشره أجزأه مالك ومنعه الشافعي والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيع أم ليس من المؤثر وذلك إنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وإن غير المؤثر هو اليسير والذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي أصوله ومن ذلك بيع الآبق أجزأه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك إذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الآبق وتواضعان الثمن أعني أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس ومن قال بجواز بيع الآبق والبعر أشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء مافي بطون الأنعام حتى تضع وعن شراء مافي ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً معدودة إذا كان ما يحلب منها معروفاً في العادة ولم يحز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب ومن الباب هذا منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجزأه مالك إلا أن يكون ميثوساً منه ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصوانين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقده يخالفه أو بعرض ولم يجر بيع تراب الصاغة

ومنع الشافعي البيع في الامرين جميعا وأجازة قوم في الامرين جميعا وبه قال
 لحسن البصري فهذه هي السووع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل
 بالكيفة وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على انه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو
 الموزون أو المعدود أو المسوح الا ان يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري
 واتفقوا على ان العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومه
 مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشتري من
 جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والمسوحة وان العلم بمقادير هذه
 الاشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في
 أشياء ويمنع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما المقصود منه
 الكثرة لا آحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلات
 والموزونات ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا وهي المسوحات كالارضين والثياب
 ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل إنما يجوز فيها المدد فقط ولا
 يجوز بيعها جزافا وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد اعيانها وعند مالك ان التبر
 او الفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال
 أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على
 الكيل أي كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الاكيل وقع من تلك القيمة بعد كيلها
 والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا في كيل واحد وهو الذي سمي به ويجوز هذا
 البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع
 ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدق
 المشتري البائع في كيلها اذا لم يكن البيع نسبيته لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره
 بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتاها المشتري لنهي صلى الله عليه وسلم عن بيع
 الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : وأجازة قوم على الاطلاق ومن منعه أبو حنيفة
 والشافعي وأحمد ومن اجازة باطلاق عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ولا يجوز
 عند مالك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ولا يجوز عند
 الشافعي وأبي حنيفة والمزانية النهي عنها هي عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول
 الكمية بمجهول الكمية وذلك أما في الربويات فلموضع التفاضل وأما في غير الربويات
 فلمقدم تحقق القدر .

* (الباب الرابع في بيع الشروط والثنيا) *

وهذه البيوع الفساده الذي يكون فيها هو راجع الى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها النص وجب ان تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بغير أو شرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح ، والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخاربة والمعاومة والتلبا ورخص في المرايا وهو أيضا في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع قاسد والشرط قاسد ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز ومن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط وعموم نهيه عن التلبا ومن أجازها جميعا أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يخل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام . شروط تبطل هي والبيع معا ، وشروط تجوز هي والبيع معا ، وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما أن تمسك المشترط بشرطه يبطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وإنما هي راجعة الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقضا في الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجازته وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه ان مذهبه هو أولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من

الترجيح وللعناجر من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدي والمازري والباقي وتفصيله في ذلك ان قال ان الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين، أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري فثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة، والقسم الثاني ان يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام . إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه . وإما أن يشترط على المشتري منعا من تصرف عام او خاص . وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين ، أحدهما أن يكون معنى من معاني البر ، والثاني أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فاما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في اصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقبل السنة فذلك جائز على حديث جابر . واما ان يشترط منعا من تصرف خاص او عام فذلك لا يجوز لانه من الثبوت مثل ان يبيع الامة على ان لا يطاها أو لا يبيعها . وأما أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق فان كان اشتراط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الضرر فيه ويقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان في بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها أنه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الضرر اليسير فأجازه في المدة القليلة ولم يجزه في الكثيرة ، وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما ان اشترط معنى في المبيع ليس بر مثل أن لا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجر كان بيعا واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رأى أن الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط ان لا يبيعه حتى يلتصف من الثمن فليل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقبل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز أنه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض

فتنه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء وأجازوه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع أن الثمن يكون في المبيع مجهولاً لا اقتران السلف به وقد روى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة إسماعيل بن إسحاق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والمبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال أنا ادع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة وهو أن قال له الفرق بينها أن مشروط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسألة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طوّل فيه بالفرق وذلك أنه يقال له لم كان هنا مخيراً ولم يكن هناك مخيراً في أن يترك الزق ويصح البيع والاشبهان يقال إن التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لأن السلف مباح وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران أعني اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وإنما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهناك إنما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرم بعينه لا أنه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل إذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يتفق الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضاً ينبغي على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي أو معقول فإن قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وإن قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك وآراء معولاً والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ولذلك ليس ينبغي عندهم أصلاً أن ترك الربا بعد البيع أو ارتفاع الغرر واختلفوا في حكمه إذا وقع على ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز وحكي عن قوم من التابعين أنهم أجازوه منهم مجاهد وأبن سيرين ونافع بن الحرث وزيد ابن أسلم وصورته أن يشتري الرجل شيئاً فيدفع إلى المتباع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على أنه أن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وإن لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالب به وإنما صار الجمهور إلى منعه لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازوه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعني هل تدخل تحت النهي عن الثنيا أم ليس تدخل فمن ذلك أن يبيع الرجل حاملاً ويستثنى ما في بطنها فجمهور فقهاء الأمصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على أنه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور وداد ذلك جائز وهو مروي عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى يبيع مع ما استثنى منه أم ليس

ببيع وانما هو باق على ملك البائع فن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا للذهب عنهما
 فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز
 ذلك . وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان يكون
 شائما أو ميعنا أو مقدرًا فان كان شائما فلا خلاف في جوازه . مثل ان يبيع عبداً الاربعه
 واما ان كان ميعنا فلا يخلو ان يكون ميعنا مثل العجين أو يكون غير ميعب فان كان ميعنا فلا يجوز
 وان كان غير ميعب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أو لا
 يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز ان يبيع أحد غلاما ويستثنى
 رجله لان حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح
 ذبحه فان باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ففي المذهب فيه قولان ، أحدهما
 انه لا يجوز وهو المشهور ، والثاني يجوز وهو قول ابن حبيب جواز بيع الشاة مع استثناء
 القوائم والرأس . واما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه . في المذهب ووجه
 قول مالك انه ان كان استثناءه بجلده فانتحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده
 فانه لا يدري بأي صفة يخرج له . بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى
 عضواً ميعنا معلوما فلم يضره ما عليه من الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره .
 واما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عرقاً . واما ملفوظاً به جزءاً
 من درأ مثل أذنان من جزور فمن مالك في ذلك روايتان ، أحدهما المنع وهي رواية
 ابن وهب ، والثانية الاجازة في الارطال اليسيرة فقط وهي رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا
 الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياساً على جوار
 راثها وانفقوا على انه لا يجوز ان يستثنى من حائطه عدة نخلات غير معينات إلا بتعين المشتري
 لها بعد البيع لانه بيع مال يره المتبايعان واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة
 نخلات بعد البيع فمنه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع
 ابن القاسم قوله في النخلات وأجازته في استثناء الغنم وكذا خالف قول مالك وابن القاسم في
 شراء نخلات مدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشتري فأجازته مالك ومنعه ابن
 القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر بن عبد البر فمنع ذلك
 فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهم لنبيه صلى الله عليه
 وسلم عن الثنيا في البيع لانه استثناء مكيل من جزاف وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم
 أجازوا ذلك فيمادون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحلوا النهي عن الثليا على ما فوق الثلث
 وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافاً ويستثنى منها كيل ما وهذا
 الاصل أيضا مختلف فيه أعني اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في

بيع وأجارة معافي عقد واحد فأجازه مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ مجهولاً ومالك يقول إذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولاً وربما رآه الذين منعه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز أن يسلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة فمرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقول والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع في مسألة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لأن هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في امثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صواباً ولهذا ذهب بعض العلماء في امثال هذه المسائل الى التخيير .

الباب الخامس

في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهي صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهي عن تلقى الركبان ونهي عن أن يبيع حاضر لباد ونهي عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلافاً ليس بمتباعد فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام : لا يبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهي عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شيء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثوري معنى لا يبيع بعضكم على بيع بعض أن لا يطراً رجل آخر على المتبايعين فيقول عندي خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفرقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا منه بناء على مذهبه في ان البيع إنما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهي إنما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ما هي لاختلافها فيما به يكون لزوم في البيع على ما سبذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يم وقال داود وأصحابه ان وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكاً بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه ما لم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وإنما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذمى في النهي عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لا فرق في ذلك بين الذمى وغيره وقال الاوزاعي

لابأس بالسوم على سوم الذمي لانه ليس بأخي المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم : لايسم أحد على سوم أخيه ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه . وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة أو على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

(فصل)

وأما نهيه عن تلقى الر كبان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهي ما هو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا ينفرد المتأقى برخص السلعة دون أهل الاسواق ورأى أنه لايجوز أن يشتري احد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريباً فان كان بعيداً فلا بأس به وحد القرب في المذهب بنحو من سنة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشتري أهل الاسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها واما الشافعي فقال ان المقصود بالنهي إنما هو لاجل البائع لئلا يغبنه المتلقى لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع قرب السلعة بالخيار ان شاء أنفذ البيع أو رده ومذهب الشافعي هو نص في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام : لا تلتقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره .

(فصل)

وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً واختلف عنه في شراء الحضري للبدوي مرة أجازوه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه وأهل الحضر عندهم الامصار وقد قيل عنه انه لايجوز ان يبيع أهل القرى لأهل العمود المتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعي والاوزاعي وقال أبو حنيفة واصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضري البادي بالسعر و اجازوه الاوزاعي والذين منعه اتفقوا على أن القصد بهذا النهي هو ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهي عندهم أرخص بل أكثر ما يكون عجائنا عندهم أى بغير ثمن فكانهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضري للبدوي وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام : الذين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه ابو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والاشبه أن يكون من باب غن البدوي لأنه يرد والسعر مجهول عنده إلا أن ثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تناق الر كبان على ما تأوله الشافعي وجاء في الحديث الثابت واختلفوا إذا وقع فقال الشافعي إذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ .

(فصل)

وأما نهي عليه الصلاة والسلام عن التجش فاتفق العلماء على منع ذلك وإن التجش هو أن يزيد أحد في سلعة وليس في نفسه شراءها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري واختلفوا إذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد ، وقال مالك هو كالغيب والمشتري بالخيار إن شاء أن يرد ردوان شاء أن يمسك أمسك ، وقال أبو حنيفة والشافعي إن وقع أتم وجاز البيع . وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد النهي وإن كان انتهى ليس في نفس الشيء بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن أجازوه والجمهور على أن انتهى إذا ورد لمعنى في المنهى عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والغرر وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهي عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء . وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء لينع به الكلاء وقال لا يمنع رهو بشر ولا بيع ماء واختلف العلماء في تأويل هذا النهي فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بشر أو غدير أو عين في أرض مملكة أو غير مملكة غير أنه إن كان متملكا كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربيع لا أرى أن يمنع الماء والنار والحطب والكلاء وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الأصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد إلا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الإجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك أن البشر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ولا يروى في اليوم الذي لشريكه زرعه فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتتهار بشره ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بشره والتأويلان قريبان ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك أنه نهي عن بيع الماء مطلقاً ثم نهي عن منع فضل الماء فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو المنوع في الحديثين . وإمام مالك فاصل مذهبه أن الماء متى كان في أرضه مملوكة منبوعة فهو لصاحب الأرض له يبيعه وماله الآن يرد عليه قوم لا تمنعهم ويخاف عايتهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الأرضين الغير مملوكة فرأى أن صاحبها أعنى الذي حفرها أولى بها فإذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكأنه رأى أن البشر لا تتملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الأم وولدها الثبوت قوله عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أخيه يوم القيامة واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع إذا قاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وإثم البائع والمشتري وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المبيع إذا كان لعله من خارج . وإما الوقت الذي ينتقل فيه المنع إلى الجواز فقال مالك حدد ذلك الاثنا عشر وقال الشافعي حدد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الأوزاعي حدد فوق عشرة سنين وذلك أنه إذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن أمه ويلحق بهذا الباب إذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب إذا كان فوق الثلث رد وحكام عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المهر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذين حبان من الخيار ثلاثاً لما ذكر له أنه يغبن في البيوع ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الأخوة .

﴿الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادات﴾

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب المني إلى الجمعة فقط لقوله تعالى «إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسموا إلى ذكر الله وذروا البيع» وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعنى منع البيع عند الاذان الذي يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا في حكمه إذا وقع هل يفسخ أولاً يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى

بالبائع أم لا يلحق قال مشهور عن مالك أنه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ^{رحمهما} وسبب الخلاف كما قلنا غير مأمرة هل انتهى الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أولا يقتضيه . وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه . وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيع لأن فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة ويحتمل أن لا يلحق به لأنها تقع في هذا الوقت نادرا بخلاف البيع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة السدب لمرتقت الوقت فإذا قامت فعلية جهة الحظر وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ولعلك مدح الله تاركى البيع لمكان الصلاة فقال تعالى (رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة) وإذا قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيع

(القسم الثاني)

والاسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس ، النظر الأول في العقد ، والثاني في العقود عليه ، والثالث في العاقدين ففي هذا القسم ثلاثة أبواب .

(الباب الأول في العقد)

والعقد لا يصح إلا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع قد بعث منك ويقول المشتري قد اشتريت منك وإذا قال له بعني سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعثها فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بعذر وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك إذا قال المشتري للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشتري بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعثها منك وعند الشافعي أنه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر لما لك في ذلك نقولا ولا يكفي عند الشافعي المعطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس أعني أنه متى قال البائع قد بعث سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل

المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعي واحد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا فلا يس يلزم البيع ولا ينقذ وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي شريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبي بريدة الأسلمي من الصحابة ولا يخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث إلا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم أبو محمدان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد. واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال أيمانيهين تبعنا فالقول قول البائع أو يتراد ان فكانه حمل هذا على عمومته وذلك يقتضى ان يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع بعد لم ينقذ ولا يلزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرج به أحد مسنداً فيما أحسب فهذا هو الذى اعتمد عليه مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث . وأما اصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فن اظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل « يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع في البيع بعد ما انعم ما لم يفترقا. واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن خيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي يحتاجون بها بخصوصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تناوله ونصرفه عن ظاهره قالوا وتاويله الظاهر بالقياس

متفق عليه عند الأصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان ، أحدهما أن المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقبل لهم أنه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، وأما التأويل الآخر فقالوا أن التفرق هنا أي هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته) والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالأبدان ووجه الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الأقوى والحكمة في ذلك هي لموضع التدم فهذه هي أصول الركن الأول الذي هو العقد ،

(وأما الركن الثاني)

الذي هو العقود عليه فإنه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلا معنى لتكراره والغرر يلتفت عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدوراً على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والمثمن معلوم الأجل أيضاً أن كان بيعاً مؤجلاً .

(وأما الركن الثالث)

وهما العاقدان فإنه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالذم وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما أما لحق أنفسهما فالفقه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد إلا أن يكون العبد مأذوناً له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينقذ أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط أن رضي به صاحب المال أمضى البيع وإن لم يررض ففسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه على أنه أن رضي المشتري صح الشراء والا لم يصح فصح الشافعي في الوجهين جميعاً وأجاز مالك في الوجهين جميعاً وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء وعمدة المالكية ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقي ديناراً وقال اشتر لنا من هذا الحلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعث إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال أنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية إلا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير وعلى الشافعي في الأمرين جميعاً وعمدة الشافعية

النهى الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهى انما ورد في حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده بسبب الخلاف المسألة المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على سبه أو يعم فهذه هي أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة في الجزء الاول ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضى ان يفرد بالتكامل فيه واذ قد تكامنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر في الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة للييوع الصحيحة .

(القسم الثالث القول في الاحكام العامة للييوع الصحيحة)

وهذا القسم تنحصر اصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في أربع جهات الجملة الاولى في احكام وجود العيب في المبيعات ؛ والجملة الثانية في الضمان في المبيعات متى يتقل من ملك البائع الى ملك المشتري ؛ والثالثة في معرفة الاشياء التي تتبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الا ليق به كتاب الاقضية وكذلك أيضا من أبواب احكام ييوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي ايضا من احكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب

(الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها بابان ، الباب الاول في احكام وجود العيوب في البيع المطلق ، والباب الثاني في احكامها في البيع بشرط البراءة .

(الباب الاول في احكام العيوب في البيع المطلق)

والاصل في وجوب الرد باليب قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم باليب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ثم اذا قام في عقد يوجب الرد فلا يخلو أيضا أن يقوم بعيب يوجب حكما أولا يوجبه ثم قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع أيضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أولا يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة . الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجب ذلك فيها : الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها . الثالث في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير . الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها

الخامس في القضاء ، وحكمها المشتري في هذا الحكم عند اختلاف المتابعين وأن كان أليق بكتاب الاقضية .

﴿ الفصل الأول من الباب الاول ﴾

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما ان العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لاختلاف أيضاً في انه لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغیر الثواب والصدقة . وأما ما بين هذين الصنفين ، من العقود أعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالأظهر في المذهب انه لا حكم فيها بوجوب العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسداً .

(الفصل الثاني)

وفي هذا الفصل نظران ، أحدهما في العيوب التي توجب الحكم ، والنظر الثاني في الشرط الموجب له .

(النظر الاول) . فاما العيوب التي توجب الحكم ففها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ماهي عيوب بان تشترط اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ومنها ماهي عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي فقدتها نقص في أصل الحلقة . وأما العيوب الاخر فهي التي أضدادها كالات وليس فقدتها نقصاً مثل الصنائع وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس وقد يوجد في أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ماهي في أجسام ذوات الانفس ومنها ماهي غير ذوات الانفس والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الحلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص في الحلقة فضيلة في الشرع كالحفاض في الاماء والحنان في العبيد ولتقارب هذه المعاني في شيء مما يتعامل الناس به وفي الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه غيره فمن ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة والزوج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن

العيب بالجملة هو ما علق قبل النفس أو قبل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج بعيب فيها أحسب والحمد في الرائحة عيب عند مالك وفي كونه عيبا في الوحش خلاف في المذهب والتصيرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أياما حتى يوم ذلك أن الحيوان ذوا برن غزير وحقنهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لا تنصر والابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فثبت له الخيار بالرد مع التصيرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا وأيضا فإنه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصيرية عيبا للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملا لمفارقتها الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فمنا انه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضممان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام سيئة وذلك لا يجوز بانه في ومنها أن الاصل في المتلفات إما القيم . وإما المثل واعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها يمنع اطعام المجهول أى الجراف بالمكيل المعلوم لان اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضا فإنه ينقل ويكثر والموضع ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الاصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كانه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول انه لا خلاف عندهم في المور والمعنى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك الرض في أى عضو كان أو كان في جملة البدن والشيب في المذهب عيب في الرائحة وقيل لا بأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوحش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فاصل المذهب ان كل ما أثر في القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول في الفراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة نرد الجارية به ولا يرد العبدية والتأنيث في الذكر والتذكير في الانثى عيب هذا كله في المذهب الاما ذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثاني) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو ان يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عندهم يقول بها فيجب ههنا ان نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول نفر دمالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامطار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى المهددة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدۃ الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري وعهدۃ السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الاصل وعهدۃ الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة ايام الخيار وایام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدۃ السنة فالتفقه فيها والضمان من المشتري الا من الادواء الثلاثة وهذه المهددة عند مالك في الرقيق وهي أيضا واقعة في أصناف النعوت في كل ما القصد منه المما كسة والمحاكرة وكان بيما لا في القصة هذا مالا خلافا فيه في المذهب واختلف في غير ذلك وعهدۃ السنة تحسب عنده بعد عهدۃ الثلاث في الأشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدۃ الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدۃ الثلاث وعهدۃ السنة لا تتداخل مع عهدۃ الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدۃ مع ثمانية فمهددة الاستبراء أولا ثم عهدۃ الثلاث ثم عهدۃ السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم المهددة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا أن يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهدۃ الثلاث وان اشترط ويلزم في عهدۃ السنة والعلّة في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحكام المهددة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة المهددة فلنرجع الى تقرير حجج الثبوت لها والبطلان . أما عهدۃ مالك رحمه الله في المهددة وحجته التي عول عليها فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عتبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدۃ الرقيق ثلاثة ايام وروى أيضا لا عهدۃ بعد أربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزاري رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة وابن كان الترمذی قد صححه ، وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم في المهددة أثر ورأوا انها ولو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسطين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في

كل بلد الا ان يكون ذلك عرفاً في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة فإنه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمراً سالفاً وإذا قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لا توجب وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثاً قبل البيع أو في العهدة عند من يزي العهدة فلنصر الى ما بقى .

(الفصل الثالث)

وإذا وجدت العيوب فإن لم يتغير المبيع بشئ من العيوب عند المشتري فلا يخلو ان يكون في عقار أو عروض أو في حيوان فإن كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما ان كان في عقار فهاك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيراً لم يجب الرد ووجب قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيراً وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . وأما العروض فالمشهور في المذهب أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل أنها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره للفقهاء أبو بكر بن زرق شيخ جدى رحمه الله عليهما وكان يقول أنه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعني ان يفرق في ذلك أيضاً في العروض والاصل ان كل ما سطر القيمة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) وإذا قد قلنا ان المشتري يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلمته وسطية البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الامصار يحيزون ذلك الا ابن جريج من أصحاب الشافعي فإنه قال ليس لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض خيار الشفعة (قال القاضي) عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشتري فله أن يتوفيه أعني أن يرد ويرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهدنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا الاخلاف فيه وفي هذا الباب فرطان مشهوران من قبل التمييز . أحدهما هل اذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيباً فهل يرجع بالجميع أو بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له إلا ان يرد الجميع أو يمك وبه قال أبو ثور والاوزاعي إلا ان يكون قد سمي ما لكل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط وإنما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المبيع بحصته من الثمن وذلك بالتقدير ومن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان مما وفرق مالك فقال ينظر في المبيع فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق أبو حنيفة تفريقاً آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجد بعد القبض رد المبيع بحصته من الثمن ففي هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعض في الرد ان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع وكذلك الذي يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن انه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض المبيع ولا بد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياساً على ان ماقات في البيع فليس فيه إلا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه لانه رأى ان ذلك المبيع اذا لم يكن مقصوداً في البيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أرادة المشتري أو البائع . وأما عندما يكون مقصوداً أو جل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المبيع خاصة . وأما تفريق أبي حنيفة بين ان يقبض أولاً يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

(وأما المسئلة الثانية) فانهم اختلفوا أيضاً في رجلين يتناعا شيئاً واحداً في صفقة واحدة فيجد ان به عيباً فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر فقال الشافعي لمن أراد الرد ان يرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المترقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجب شبهه بالصفقة الواحدة اذا اراد المشتري فيها تبعض رد المبيع بالعيب .

❦ الفصل الرابع ❦

وأما ان تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير . فاما ان تغير بموت أو فساد أو عتق ففقهاء الامصار على انه قوت ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب وقال عطاء ابن أبي رباح لا يرجع في الموت والعتق بشيء وكذلك عندهم حكم من اشترى

جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة . وأما تغيره بالبيع فانهم
اختلفوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعي اذا باعه لم يرجع بشيء . وكذلك قال الليث . وأما مالك
فله في البيع تفصيل وذلك انه لا يخلوا أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ولا يخلوا أيضا
ان يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له
بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن
نظر فان كان البائع الاول مدلسا أى عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثاني بشئ سواء
لم يكن مدلسا رجع الاول على الثاني في الثمن والثاني على الاول أيضا وينسخ البيعان
ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له
بقيمة العيب مثل قول أبي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم لا الرجوع بقيمة
العيب وقال أشهب يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما
شراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول
ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا فيه من غير ان
متبر تأثر العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشتري منه
عيب رجع هو على للبائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثاني تشبيهه البيع بالعق
ووجه قول أشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع
فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون أكثر من
قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا
يرجع لان هبته أو صدقته تقويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للاجر
فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقياس الهبة على العتق
وقد كان القياس أن لا يرجع في شيء من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على
انه اذا كان في يديه فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على انه ليس للعيب تأثير
في اسقاط شيء من الثمن وانما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها
الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع
ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خروجه عن
يده زمانا بعيدا كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للثواب عند مالك
كالبيع في انها فوت فهذه هي الاحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها
وأحكامها .

(باب في طروء النقصان)

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلوا ان يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس . فاما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب باجماع وأما النقصان الحادث في البدن فان كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال ، أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الردوبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثوري ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده وهو قول الشافعي الاول ، والقول الثالث قول مالك ان المشتري بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنه وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع للمشتري أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك قال قول المشتري والخيار له وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشتري الا ان يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد بن جزم فقال له ان يرد ولا شيء عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يرد ويرد قيمة العيب أو يمسك فلانه قد أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده . وأما من رأى انه لا يرد المبيع بشيء وانما له قيمة العيب الذي كان عند البائع فتمسك على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من أحد أمرين . اما ان يكون مفرطاً في ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري أو يكون علمه قد دلس به على المشتري وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت انه دلس فيه . وأما حجة أبي محمد فلانه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع فان الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينقذ في نفسه وانما انقذ في الظاهر وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصه الا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن العاصب مانص عنده

بامر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن. وأما العيوب التي في النفس كالا باق والسرقة فقد قيل في المذهب انها تنفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشتري اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له في الرد الا ان لا يؤمن عاقبته واحتلفوا من هذا الباب في المشتري يطاء الجارية فقال قوم اذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرًا أو ثيبًا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي رد قيمة الوطء في البكر ولا يردّها في الثيب وقال قوم بل يردّها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى وقال سفيان الثوري ان كانت ثيبًا رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكرًا رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لانه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه وقدروى مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر في القيمة رد البائع مانقصة وان لم يكن له أثر لم يلزمه شيء فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات . وأما الزيادة الحادثة في المبيع أعني المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي الى انها غير مؤثرة في الرد وانها للمشتري لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام: الخراج الضمان . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشتري الا الرد للزائد مع الاصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد توجب أرش العيب الا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في المقد فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوقًا يقتضى أرش العيب الا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فانها توجب الخيار في المذهب . إما في الامساك والرجوع بقيمة العيب . وإما في الرد وكونه شريكاً مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل السمن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشتري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغير .

*(الفصل الخامس) *

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشتري على حالة من هذه الاحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان أنكر البائع دعوى القائم فلا يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان الباطل يستوي في ادراك جميع الناس كفي في ذلك شاهد ان عدلان ممن اتفق من الناس

وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما شهد به أهل تلك الصناعة فقل في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً في القيمة وفي كونه أيضاً قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشتري بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم (١) تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك أن يقوم الشيء سليماً ويقوم مبيعاً ويرد المشتري ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعينة عن القيمة السليمة وان أبى للمشتري الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن . ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

(الباب الثاني في بيع البراءة)

اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يحده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه سماً أو لم اسمه أبصره أو لم يبصره . وبه قال أبو ثور وقال الشافعي في أشهر قوليهِ وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريهِ للمشتري وبه قال الثوري . وأما مالك فلا شهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا لبراءة من الحمل في الجوازي الرثعات فانه لا يجوز عنده لمعظم العرفية ويجوز في الوحش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقدرى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط اوقيل في بيع السلطان ونع الموارث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الضرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب التمين والغش فيما علمه . ولعلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داه لم يسمه فاحتسبها الى عثمان فقال الرجل باعني عبداً وبه داه لم يسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به داه يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وأرجع العبد وروى

أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وإنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف اختلافاً كثيراً كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة إلا ما خفف فيه السلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة إنما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعني إذا اشترطها الأبيع السلطان والمواديث عند مالك وأبيع السلطان فقط قال كلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه فيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولن يجوز بالشرط أو مطلقاً وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

(الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات) واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أنى لكون خسارته إن هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعي لا يضمن المشتري إلا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام ، بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد ، فاما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المنهـب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه . وأما المبيع الغائب فمن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المتاع والثانية أن من المتاع إلا أن يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والماكولات وبين ما هو مأمون البقاء والخلاف في هذه المسئلة مبنى على جهل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر عن هذا المعنى كانت الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استعسان ومعنى الاستعسان في أكثر الأحوال هو الالتفات إلى المصلحة والعدل وذهب أهل الظاهر إلى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك انفاقهم على أثـ الخراج قبل القبض للمشتري وقد قال عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعته إلى مكة قال له

أنهم عن بيع مالم يقضوا ويرجى مالم يضمّنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح وإذا قد ذكرنا العهدة فيلزم أن نذكر هنا الجوائح.

✽ (القول في الجوائح) ✽

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد وأقيمت فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من باع ثمراً فاصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً على ماذا يأخذ أحدهم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وماروى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثاً جابر هذان وقياس الشبه أيضاً وذلك أنهم قالوا إنه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهي عن بيع مالم يخلق فوجب أن يكون في ضمانه مخالفاً لسائر المبيعات، وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وإن التخلية في هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال أجيح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وقاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة ✽ فسبب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الأمر بها أنما ورد قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها في حديث أبي سعيد يمكن أن يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب، وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول إنه اضطرب

في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول الاول في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح ، الثاني في محل الجوائح من المبيعات ، الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه ، في الوقت الذي توضع فيه .

﴿ الفصل الاول ﴾

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم ير ما كان منه بمخافضة (١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان فمن جعلها في الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى الاصل قال يمكن أن يتحفظ منه .

﴿ الفصل الثاني ﴾

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب . وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمرة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما المقدار الذي يجب فيه الجائحة اما في الثمار فالثلث واما في البقول فقليل في القليل والكثير وقليل في الثمار وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشبه يعتبر الثلث في القيمة فاذا ذهب من الثمر عند اشبه ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا في الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فان كان نوعاً واحداً أبس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك

(١) خافضه أخذه على غرة

الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففي موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة في أجزاء الثمرة وبطونها وفي موضع يعتبر الأمرين جميعا حيث تختلف القيمة والمالكية يحتاجون في مصيرهم الى التقدير في وضع الجوائع وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمرة فساكن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضا فان الجائحة التي عاق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب في هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجمله اياه هنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات بعسرا ثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعي لوقات بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام : الثلث والثلث كثير .

* (الفصل الرابع) *

وأما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤس الشجر حتى يستوفي طيبه واختلقوا اذا ابقاء المشتري في الثمار ليبعه على النضارة وشيئا شيئا فقل في الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة باشراء كالمطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الأمر فيهما واحدا قال ليس فيه جائحة ومن هنا اختلفوا في وجوب الجوائع في البقول .

(الجملة الثالثة من جمل النظر في الاحكام) وهو في تابعات المبيعات ومن

مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلا فيها ثمر قبل أن يؤبر فان الثمر للمشتري واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا أن يشترطه المتباع والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر ان رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الأبار علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الأبار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الأبار وبعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأخرى والأولى قالوا وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الأبار فهي أخرى أن تجب له قبل الأبار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكذا أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأمر في الثمر وقال ابن أبي ليلى سواء أبر أو لم يؤثر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشترطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول إلا أن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث ولما خالف مفهوم الدليل فيه فإذا سبب الخلاف في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الأخرى والأولى وهو الذي يسمى بخوى الخطاب لكنه هنا ضعيف وإن كان في الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسمع وهو كما قلنا ضعيف والأبار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع أنثا وفي سائر الشجر أن تنور وتعتد والتذكير في شجر الذين التي تذكر في معنى الأبار وأبار الزرع مختلف فيه في المذهب فروى ابن القاسم عن مالك أن إبارة أن يفرك قياسا على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الأبار أو وقت الأبار قيل الوقت وقيل الأبار وهل هذا يلبي الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤثر البعض هل يتبع ما لم يؤثر ما أبرأ ولا يتبعه وانفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع تمر وقد دخل وقت الأبار فلم يؤثر أن حكمه حكم المؤبر .

(المسئلة الثانية) وهي اختلافهم في بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعنق على ثلاثة أقوال ، أحدها أن ماله في البيع والعنق لسيدته وكذلك في المكاتب وبه قال الشافعي والكوفيون . والثاني أن ماله تبع له في البيع والعنق وهو قول داود وأبي ثور ، والثالث أنه تبع له في العنق لا في البيع إلا أن يشترطه المشتري وبه قال مالك والليث فحجة من رأى أن ماله في البيع لسيدته إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للمدعي بآءه إلا أن يشترطه المبتاع ومن جعله لسيدته في العنق فقياسا على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد في كل حال أثبتت على كون العبد مالكا عندهم وهي مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيرا أعني هل يملك العبد أولا يملك ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على

السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سألنا لان نافعما رواه عن ابن عمر عن عمر وسلم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع وقال مالك في الموطأ الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو عرضاً أو ديناً وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق غلاماً فماله له إلا أن يستتبه سيده ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وما له بدراهم وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقداً وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيتين لا يجوز فيهما إلا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال إن كان ما اشترى به العبد غنياً وفي مال العبد عين لم يجز ذلك لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم وإن كان ما اشترى به عروضاً أو لم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بشمر النخل بعد الأبار ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه . ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وقائدة الفرق أن من قال هي من الثمن أو جب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك وأيضاً من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعني الزيادة لم يوجب شيئاً من هذا فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المرابحة بل الحكم للثمن الأول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلاً وهو في حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل « ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة » قالوا وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على أنها لا تلحق في الشفعة وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الجملة الرابعة) وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هناك بيئة ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يشحالفان ويتفاسخان بالجملة ويختلفون في التفصيل أعني في الوقت الذي يحكم فيه بالإيمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة أنهما

يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت عين السلعة فان فانت فالقول قول المشتري مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان في كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان ، احدهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبض القبض وبعد القبض القول قول المشتري ، والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور والقول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا مختلفا في جلس الثمن فيلزم أن يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا في جلس الثمن أو الثمنون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما بيعين تبايعا فالقول قول البايع أو يترادان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والملة في ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التي يجب ان يتساوى فيها دعوى البايع والمشتري قال اذا قبض السلعة أو فانت فقد صار القبض شاهداً للمشتري وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعين شبهة وهذا هو أصل مالك في الايمان ولعلك يوجب في مواضع اليمين على المدعى وفي مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو في الاكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين في حيزه . وأما من رأى القول قول المشتري فانه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء أو مدعى عليه عدداً في الثمن وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرج الشيخان البخاري ومسلم وانما خرج مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان ، احدهما الفسخ ، والثانية ان القول قول البايع وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف فالأشهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع)

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا

وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الردأعنى ان يرد البائع الثمن والمشتري الثمنون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة. والبيع الفاسد عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة . فاما المحرمة فانها اذا فاتت مضيت بالقيمة . وأما المكروهة فانها اذا فاتت صححت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لحفة الكراهة عنده في ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان النهي في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى ببيع الربا والغرر فاذا فاتت العملة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد قبض السلعة وهي تساوى الفأوترد وهي تساوى خمسة أوبالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتاً في المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشتري القيمة مالم تكن أزيد من الثمن لان المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة ردها مالم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بمضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد المذهب فاذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضي عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد ابن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحاق المالكي فقال له مال الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار ووزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا المبيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجواب عن ذلك تجواب لا يقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذا قد انقضى القول

فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أولكثير منها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول .

كتاب الصرف

ولما كان يخمن هذا البيع شرطان ، أحدهما عدم اللسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الكتاب ينحصر فى خمسة اجناس لاول فى معرفة ما هو نسيئة مما ليس بلسيئة ، الثانى فى معرفة ما هو مماثل بماليس المماثل اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين معنى الزيادة واللسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا أنقسم أيضا الى نوعين كاتقسام أصله ، الرابع فى خصائص أحكام هذا البيع من وجهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم المسا والتفاضل أو كليهما وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمساكن هذين الشرطين فيه فى أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة فى فروع الكتاب الذى رسمونه بكتاب الصرف وجدت كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء فى السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤل الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التى هي منطوق بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل مايجب له ان يحصل قبله ، من القدر الكافى له فى علم النحو والامعة وصناعة أصول الفقه ويكفى من ذلك ما هو مسا ولجزم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيها لا يحفظ

مسائل الفقه ولو باقت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه انسان كما نجد متفقه زماننا يفتون ألف الافقه هو الذي حفظ مسائل أكثر وهو لا عرض لهم شبه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها وهو بين أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتي انسان يقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة. وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافق هذا هو مثال أكثر المتفقه في هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها.

(المسئلة الاولى) أجمع العلماء على أن يبيع الذهب بالذهب والنصه بالفضه لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد لا ماروي عن ابن عباس ومن تبعه من المسلمين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا في النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسيئة. واما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضه الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز وهو من أصح ما روي في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا في هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا في ذلك. وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص في ذلك لانه روي فيه له ظان، أحدهما أنه قال انما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا في النسيئة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضي أن ماعدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا في النسيئة من جهة انه الواقع في الاكثير واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على ان مسكوكة وبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة في ذلك الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين البر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ماروي عن مالك انه سئل عن الرجل يأتي داره الضرب بورقه فيعطيه أجره الضرب ويأخذ منهم دنائير ودرهم وزن ورقه أو دراهمه فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فارجوا أن لا يكون به باس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجهود

العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوزن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهة المعروف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز ذلك لجهل المائسة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثالث فاقبل جاز ببيع أي بالفضة ان كانت حليته فضة أو بالذهب ان كانت حليته ذهبا والا لم يجوز وكأنه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كأنها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التي في السيف وكذلك الامر في بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الاحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الانصاري أنه قال أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يخبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهي من المغنم تباع فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فاجاز ذلك على الاطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لا أسكن في أرض أنت فيها لما رواه من الحديث :

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف ان يقع باجزاواختلفوا في الزمان الذي يحد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعي الصرف يقع باجزا مالم يفترق المتصارفان تسجيل أو تاخر القبض وقال مالك ان تاخر القبض في المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتى كره الموعدة فيسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : الاهاء وهاء وذلك ان هذا يختلف بالاقبل والاكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق من المجلس اعنى انه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال لا يجوز التأخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تأخر القبض على العقد في المجلس بطل الصرف ولا تفاقمهم على هذا المعنى لم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف في المذهب في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما مرة قيل فيه أنه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اصطفى دراهم بدنانير ثم وجد فيها

درهما زائفا فأراد رده فقال مالك يلتقص الصرف وان كانت دنائير كثيرة انتقص منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقص منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين ان ينتهى الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء، وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا أن تكون الزيوف نصف الدراهم او اكثر فان ردها بطل الصرف في المردود وقال الثوري اذا رد الزيوف كان مخيراً ان شاء أبداً لها أو يكون شريكاً له بقدر ذلك في الدناير اعني لصاحب الدناير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلاً كان أو كثيراً وان وهب من أصحاب مالك يجيز البذل في الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما في البعض وهو احسن وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار في هذه المسئلة اربعة أقوال ، قول بإبطال الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول باثبات الصرف ووجوب البذل وقول بالفرق بين القليل والكثير، وقول بالتخير بين بدل الزائف أو يكون شريكاً له ، وسبب الخلاف في هذا كله هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير . واما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه مرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان لم يطلب البذل انتقص الصرف قياساً على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف . واختلفوا أيضاً اذا قبض الصرف وتأخر بعضه اعني هل يبطل الصرف المتعقد على التناجز فقط فقبل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعي وقيل يبطل منه المتأخر فقط وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف والقولان في المذهب ومبنى الخلاف في الصفقة الواحدة يخالفها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط .

(المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة وان اختلف العدد لا تنافي الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين ، أحدهما ان تختلف صفة الذهبين ، والثاني ان ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر ان يزيد بتلك عرضاً أو دراهم ان كانت المراطلة بذهب أو ذهباً ان كانت المراطلة بدراهم . فذهب مالك أما في الموضع الاول وهو ان يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة انه متى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد واخرج الآخر ذهبين أحدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والآخر اردأ فان ذلك عنده لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعني الذي اخرج واحد من الذهبين المختلفين الذين اخرجتهما الآخر أو اردأ

منهما معا او مثل أحدهما وأجود من الثاني جازت المراطلة عنده وقال الشافعي اذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يهتم ان يكون المراتل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه أعطى جزء من الوسط بما كثر منه من الارء أو باقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لآخر خذ مني خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الاعلى فقال لا يجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الاعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتمطيني أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبى الوسط العشرين من ذهبك الاعلى وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في القيمة وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع ومثل اختلافهم في المصارفة التي تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التي تكون بالعدد أعني اذا اختلفت جودة الذهبين أو الاذهاب وأما اختلافهم اذا نقصت المراطلة فأراد أحدهما ان يزيد شيئا آخر مما فيه الربا أو بما لا ربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذي نقص ذهبه ان يعطى عوض الباقي دراهم أو عرضا فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز والمراطلة قاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل العرض وعمدة مالك التهمة في ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد انذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنانير ولا آخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهي في الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلما معا وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال وقال الشافعي والليث لا يجوز ذلك حلا أو لم يحل وحجة من لم يحزه انه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان أخرى أن لا يجوز غائب بغائب . وأما مالك فأقام حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معا لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين ويقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندها اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس فتقبضاه قبل الافتراق فأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخذه من

الطرف الواحد أعني إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهباً أو بالعكس فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال أبو حنيفة إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحل الأجل . ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الأجل حلالاً أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الأبل بالبقيع أبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك إذا كان بسعر يومه خرجه أبو داود وحجة من لم يجزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره : ولا تبيعوا منها غالباً بناجز .

(المسئلة الرابعة) اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال أنه لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأثر والآخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنائير وقيل إن كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر في الجواز فإن كانا معاً مقصودين لم يجز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى ربا ولا إلى غرر .

(كتاب السلم)

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب ، الباب الأول في محله وشروطه ، الباب الثاني فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انبقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير ، الباب الثالث في اختلافهما في السلم :

(الباب الأول) أما محله فاتهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدرر والمقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك

داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعي والاوزاعي والليث الى أن السلم فيها جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول وربما احتجوا أيضا بنهي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسبة وعمدة من أجاز السلم في الحيوان ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يجهز جيشا فتفقت الأبل فامرء أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة وحديث أبي رافع أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة ثم فسيب اختلافهم شيثان ، أحدهما نمارض الآثار في هذا المعنى ، والثاني تردد الحيوان بين ان يضبط بالصفة أولا يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا ينضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض وأجاز مالك بالمبد وكذلك في اللحم أجاز مالك والشافعي ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرؤس والا كارع أجاز مالك ومنعه أبو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص أجاز مالك ومنعه الشافعي وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع لان ذلك غير منحصر .

(وأما شروطه) فمنها مجمع عليها ومنها يختلف فيها فاما المجمع عليها فهي ستة منها أن يكون الثمن والتمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك إما اتفاق المتافع على ما يراه مالك رحمه الله وإما اتفاق المجلس على ما يراه أبو حنيفة وأما اعتبار العلم مع المجلس على ما يراه الشافعي في علة النساء ومنها أن يكون مقدرا أما بالكيل أو بالوزن أو العدد ان كان مما شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن أ يكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيداً لئلا يكون من باب السكالي بالكالي هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا فجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخير بلا

شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي الى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف
فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا ،
والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم
أم لا ، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه ، والرابع أن يكون الثمن مقدراً أما
مكيلاً وأما موزوناً وأما معدوداً وأن لا يكون جزافاً فاما الاجل فان أبا حنيفة
هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور
عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم
الحل وأما الأحمي فانه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين
سلم حال وهو الذي يكون ممن شأنه بيع تلك السلعة ، وسلم مؤجل وهو الذي يكون
ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيئان ظاهر حديث
ابن عباس والثاني أنه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع
المنهي عنه وعمدة الشافعي انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غرراً
اربما استدلت الشافعية بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم : اشترى جلامن اعرابي
بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرأ
وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة وللمالكية من طريق المعنى
أن السلم انما يجوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترحاص
المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسبة . واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى
واختلفوا في الاجل في موضعين ، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل
العجاذ والقطاف والحصاد والموسم ، والثاني في مقداره من الايام وتحصيل مذهب
مالك في مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه
وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاء في البلد المسلم فيه فقال ابن
القاسم أن المعبر في ذلك أجل تختلف فيه الأسواق وذلك خمسة عشر يوماً أو نحوها
وروى ابن وهب عن مالك انه يعجز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس
به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة
التي بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل
الاجل شرطاً غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليها الاسم ومن جعله شرطاً
معللاً باختلاف الأسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الأسواق غالباً وأما الاجل
الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فمن
رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير اجاز ذلك إذ الغرر

اليسير منفعته في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رأى أنه أكثر وإنما أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكأهلها لم يجزءه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم فإن مالكا والشافعي وأحمد وإسحق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت إبانته وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم إلا في إبان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الإبان ما ورد في حديث ابن عباس أن الناس كانوا يسمون في التمر السنتين والثلاث فأقر ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجودا في نخل العقد وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وإن كان ذلك ممينا وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع فالسلم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض فإن أبا حنيفة اشترطه تشيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم إلا أكثر وقال القاضي أبو محمد الأفضل اشترطه وقال ابن المواريس يحتاج إلى ذلك .

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدرا مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذكروعا لا جزافا فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحباً أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه ويلبغى أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وإن لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعا مختلفة أو مع تركه إن كان نوعا واحدا ولم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا في الذمة وأنه لا يكون إلا في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة إذا كانت مأمونة وكأنه رآها مثل الذمة .

(الباب الثاني)

وفي الباب فروغ كثيرة لكن نذكر منها الشهور

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور إذا وقع ذلك كان المسلم

بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وابو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك يفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكأنه رآه من باب الكالي بالكالي وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وإنما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك في هذا والمتمم عليه في هذه المسئلة مارواه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي والكالي بالكالي انتهى عنه إنما هو المقصود لا الذي يدخل اضطراباً :

(مسألة) اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلاً وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وتمسك أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره . وأما مالك فإنه منع شراء المسلم المسلم فيه قبل قبضه في موضعين ، أحدهما إذا كان المسلم فيه طعاماً وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث ؛ والثاني إذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضاً مخالفاً له فيأخذ المسلم من المسلم اليه إذا حان الاجل شيئاً من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاماً لم يجز أن يأخذ فيه طعاماً آخر أكثر منه لامن جلسه ولا من غير جلسه فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وان أقل جودة لانه عنده من باب البدل في الدنانير والاحسان مش ان يكون له عليه قبح فيأخذ بمكيلته شعيراً وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ولم يثمه على بيع العين بالعين نسبة إذا كان مثله أو أقل وان أخذ دراهم في دنانير لم يثمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع مالم يكن طعاماً لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه

وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعاً من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الأجل مثل أن يتذرع إلى بيع وسلف أو إلى بيع وتعجل أو إلى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثلاً ذلك في دخول بيع وسلف به إذا حل الأجل فأقوله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لا يجوز عنده فإنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع.

(مسئلة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئاً بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه أصلاً ورأى أن الاقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه إلا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق إذا كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الإطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجاز به وقال الشافعي والثوري وحجتهم أن بالاقالة قد ملك رأس ماله فإذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب والظن الرديء بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبي سعيد فإنه إنما وقع النهي فيه قبل الاقالة.

(مسئلة) اختلفوا إذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع قلني وأنظرك بالثمن الذي دفعته إليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز وأصل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع آخره عنه على أن يقبله فكان ذلك من باب بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزاً رأوا أنه من باب المعروف والاحسان الذي أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أقال مسلماً صفتته أقال الله عشرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً أظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله.

(مسئلة) أجمع العلماء على أنه إذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير إلى أجل فدفعها إليه عند محل الأجل وبمده فإنه يلزمه أخذها . واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور إن أتى بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها وقال الشافعي إن كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذها كالنحاس والحديد وإن كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما إذا أتى به بعد محل الأجل

فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطائف
للشاة فيأتي بها في الصيف فقال ابن وهب وجاعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور
في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل أنه من ضمانه الى الوقت
المضروب الذي قصده ولما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم إذ
لا مؤنة فيها ولم يلزمه بعد الاجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض أنما كان
وقت الاجل لا غيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين أعنى بعد الاجل أو قبله فشبهه
الدنانير والدراهم .

(مسألة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيّة ما
فاخير الرابح أو المسلم اليه المشتري يكيل الطعام هل للمشتري أن يقبضه منه دون
أن يكيّله وأن يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط
النقد والا خيف أن يكون من باب الربا كأنه إنما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره
بالمثل وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والاوزاعي والليث لا يجوز ذلك حتى يكيّله
البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم أنه لما كان ليس
للمشتري أن يبيعه الا بعد أن يكيّله لم يكن له أن يقبضه الا بعد أن يكيّله البائع له
لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث
أنه عليه الصلاة والسلام : نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع
وصاع المشتري . واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلغا في الكيل
فقال الشافعي القول قول المشتري وبه قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع
لأنه قد صدقه المشتري عند قبضه إياه وهذا مبنى عنده على أن البيع يجوز
بنفس تصديقه .

﴿ الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم ﴾

والمتبايعان في السلم أما أن يختلفا في قدر الثمن أو المثلون وأما في جنسهما وأما
في الاجل وأما في مكان قبض السلم . فأما اختلافهم في قدر المسلم فيه فلقول فيه
قول المسلم اليه إن أتى بما يشبه والا فلقول أيضا قول المسلم أن أتى أيضا بما يشبه
فإن أتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم في جنس المسلم فيه
فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول أحدهما سلمت في تمر ويقول
الاخر في قمح . وأما اختلافهم في الاجل فإن كان في حله فلقول قول المسلم اليه
وإن كان في قدره فلقول أيضا قول المسلم اليه الا أن يأتي بما لا يشبه مثل أن يدعى

المسلم وقت إبان المسلم فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم . وأما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلام فالقول قوله وإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الأول فقال القول قول المسلم اليه وإن ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في الموضع الثاني فقال إذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفاً وتفاسخاً . وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .

كتاب بيع الخيار

والنظر في أصول هذا الباب أما أولاً فهل يجوز أم لا وإن جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا ومن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الأفعال خياراً كالقول . أما جواز الخيار فعليه الجمهور ألا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن متقذوفيه ولك الخيار ثلاثاً وما روى في حديث ابن عمر : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار وعمدة من منعه أنه غرر وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع قالوا وحديث حبان أما أنه ليس بصحيح وأما أنه خاص لما شكى إليه صلى الله عليه وسلم فنهى عن البيع قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه إلا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدير الحاجة إلى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الأيام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لأي مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن جني وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقاً

ويكون له الخيار أبداً وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعي أن وقع الخيار في الثلاثة الأيام زمن الخيار المطلق فقال أبو حنيفة إن وقع في الثلاثة الأيام جاز وإن مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعي بل هو قاسد على كل حال فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدة الخيار وهي هل يجوز مطلقاً أو مقيداً وإن جاز مقيداً فكم مقداراً وإن لم يجز مطلقاً فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وإن وقع في الثلاث قاسماً أداتهم فإن عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلنا . وأما عمدة من لم يجز الخيار إلا ثلاثاً فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله : من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام . وأما حديث منقذ فاشبهه طرقه المنصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيع : إذا بعث فقل لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثاً . وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص إنما ورد عندهم قليلاً على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقد فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف . وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فإنهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي مصيبته من البائع والمشتري أمين وسواء كان الخيار لها أو لأحدهما وقد قيل في المذهب أنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه فضمانه منه وإن كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما إن كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وبقي معلقاً حتى يتقضى الخيار وقد قيل عنه إن على المشتري الثمن وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري وللشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشتري ليهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير

لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة من رأى
انه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع
الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني
فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه وان كان المشتري
هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب ان يدخل في ملك
المشتري ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري واذا كان المشتري
هو الذي شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لانه لم يشترط خياراً ولم يلزم
ان يدخل في ملك المشتري لانه شرط الخيار في رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع
الحكم فانه لا بد ان تكون مصيئته من أحدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشروط
لايقاع الفسخ في البيع أو لتسميم البيع فاذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع
وان قلنا في تسميمه فهو في ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فان مالكا والشافعي
وأصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له
وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده
خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب
أعني أنه قبل يورث وكذلك خيار استحقاق الغنمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار
الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب مدو به لابنه أعني انه لم ير لورثة الميت من الخيار
في رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك أعني للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق
واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلاق امرأتى متى شئت
فيموت الرجل المجهول له الخيار فان ورثته لا يتزولون منزلته عند مالك وسلم الشافعي
ماسلت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائداً خيار الاقالة والقبول فقال
لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الاما قام
دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون
الحقوق الاما قام دليله من الحاق الحقوق بالاموال في موضع الخلاف هل الاصل هو أن
تورث الحقوق كالاموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه
بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة
بتسليمه ورثة خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الحيوات التي يورثها به والحنفية تحتج
أبضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم أن يعطى قارفاً فيها
يختلف فيه قوله وبمشابها فيها ينفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالضد أعني أن

يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقا ويعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا مثل ما تقول المالكية انما قلنا ان خيار الاب في رد هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة في الاب لا توجد في غيره وهي الابوة فوجب أن لا تورث لا الى صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار أعني أنه من انقذ ح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثته ومن انقذ ح له أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه .

(وأما المسئلة السادسة) وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في أحد قولي لا يجوز الا أن يوصكه الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد والشافعي قول آخر مثل قول مالك ويقول مالك قال أبو حنيفة واتفق المذهب على أن الخيار للاجنبي اذا جملة له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جملة أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار فقبل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشتري أي ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشتري ان كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذي اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشتري فالقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد وأراد الاجنبي الامضاء ووافقه المشتري فالقول قول المشتري وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشتري فالقول فيهما قول من أراد الامضاء وكذلك الحال في المشتري وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري أي ان اشترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما وان اشترطه المشتري فالقول قول الاجنبي وهو ظاهر ما في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار مالا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخياراً فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعبد الموضع بعينه أعني أجنبيا فقال مالك والشافعي لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد فاصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى وانما هو في الشرط فقط فن قل يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسد الا انه يبقى العقد صحيحاً .

كتاب بيع المراجعة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان مساومة ومراجعة وان المراجعة هي ان يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين ، أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة بما اتفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال ، والموضع الثاني اذا كذب البائع للمشتري فاخبر أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به أو وهم فاخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذي يجوز ان يبنى عليه الربح . الثاني في حكم من وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

(الباب الاول) . فاما ما يعد في الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فاما الذي يحسبه في رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرا في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذي يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فلا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء ثيابوت التي توضع فيها ، وأما ما لا يحتسب فيه في الامرين جميعا فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمرة والطي والشد وقال أبو حنيفة بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال أبو ثور لا تجوز المراجعة الا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش . واما صفة رأس الثمن الذي يجوز ان يجبر به فان مالكا والقيث قال فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لانه من

باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة تعرض هل يجوز له ان يبيعها مراجعة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه

فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض ان يبيعها مرابحة لأنه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما نقد وقال أبو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها أو الدراهم وقال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة بأجل قباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالأجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشتري مثل أجله وقال أبو ثور هو كالغيب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

(الباب الثاني) واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك . اما بإقراره . واما بيئته ان الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشتري بالخيار اما ان يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وان الزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الإطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذي ان الزمه البائع لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازماً لها بعد حط الزيادة وعن الشافعي القولان بالخيار مطلقاً والقول بال لزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشتري انما اربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع الى الذي ظهر كما لو أخذه بكل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالغيب أعنى انه كما يوجب الغيب الخيار كذلك يوجب الكذب . واما اذا فأتت السلعة فقال الشافعي يحط مقدار ما زاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك أن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء وأن كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذي صح . واما اذا باع الرجل سلعة مرابحة ثم أقام البيئة ان ثمنها أكثر مما ذكره وأنه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعي لا يسمع من تلك البيئة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويجبر المتاع على ذلك الثمن وهذا بعيد لانه يبيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة اذا فأتت السلعة ان المتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذي صح فهذه هي مشهورات

مسائلهم في هذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسألة الكذب وحكم مسألة الغش وحكم مسألة وجود العيب . فاما حكم الكذب فقد تقدم . واما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق . واما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقا وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كاله ذلك في مسألة الكذب هذا عند ابن القاسم . واما عند أشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في الثمن وقسم غير مؤثر . فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . واما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب واما التي يتركب فهي أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل مذهب ابن القاسم فيها انه يأخذ بالذي بقي حكمه ان كان قات بحكم احدهما أو بالذي هو أرجح له ان لم يفت حكم أحدهما . اما على التخيير حيث يمكن التخيير أو الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع أعني مذهب ابن القاسم وغيره .

(كتاب بيع العرية)

اختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التي أنت فيها في السنة فحكى القاضي ابو محمد عبد الوهاب المالكي أن العرية في مذهب مالك هي ان يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعري شراؤها من المعري له بخرصها ثمرا على شروط أربعة . احدها ان تزهي والثاني ان تكون خمسة اوسق فما دون فان زادت فلا يجوز . والثالث ان يعطيه الثمر الذي يشتريها به عند الجذاذ فان اعطاه نقدا لم يجز . والرابع ان يكون الثمر من صنف تمر العرية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية انما هي في حق المعري فقط والرخصة فيها انما هي استثنائها من الزاينة وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه ومن صنف الربا أيضا أعني التفاضل والنساء وذلك انه يبيع تمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو الحرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلا وهو أيضا تمر بثمر الى أجل فهذا هو مذهب مالك فيها هي العرية وما هي الرخصة فيها ولان الرخصة فيها . واما الشافعي فمضى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعري خاصة وإنما هي لكل أحد من الناس أراد ان يشتري هذا القدر من التمر أعني الخمسة اوسق أو مادون ذلك بتمر مثله وروى أن الرخصة فيها انما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطبا وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشتري به الرطب والشافعي يشترط في إعطاء التمر الذي تباع

به العرية أن يكون نقدا ويقول ان تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية جائزة عند مالك في كل ما يبيع ويدخر وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الاوسق عند مالك والشافعي وعنهما الخلاف اذا كانت خمسة أوسق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عند مالك الجواز فالشافعي يخالف مالك في العرية في اربعة مواضع ، أحدها في سبب الرخصة كما قلنا ، والثاني أن العرية التي رخص فيها ليست هبة وإنما سميت هبة على التجوز ، والثالث في اشتراط النقد عند البيع ، والرابع في محلها فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط وعند مالك في كل ما يدخر ويبيع وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالك في أن العرية عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة إنما هي عنده فيها للموهوب له أعني المعري له لا المعري وذلك انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعري خاصة كما ذهب اليه مالك وأما ابو حنيفة فيوافق مالك في ان العرية هي الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ولا هي في الجملة في البيع وإنما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب في هبته اذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع وإنما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو أن يعطى بدلها تمراً بخرصها وعمدة مذهب مالك في العرية انها بالصفة التي ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا وأصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فأبيع له أن يشتريها بخرصها تمراً عند الجذاذ ومن الحججة في ان الرخصة إنما هي للمعري حديث سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من يبيع التمر بالرطب الا انه رخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً قالوا فقوله يأكلها رطباً دليل على ان ذلك خاص بمعريها لانهم في ظاهر هذا القول أهلها ويمكن ان يقل أهلها هم الذين اشتروها كائناً من كان لكن قوله رطباً هو تعليل لا يناسب المعري وعلى مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ولذلك كانت الحججة للشافعي وأما ان العرية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا العرية هي الهبة واختلف في تسميتها بذلك ف قيل لانها عريت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل أعروه اذا سأله ومنه قوله تعالى « وأطعموا القانع والمتر » وإنما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعني تأخيرهم الى ذلك الوقت لانه تمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته أن يتأجل الى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لانه مصادمة بالقياس لاصل السنة وعنده أنه اذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز ، وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الاوسق أوفيما دونها فلما رواه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم : أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق
وانما كان عن مالك في الخمس الأوسق. روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من
الراوي وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا بيع فلما روى عن زيد
ابن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها
تمرا خرجه مسلم وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حمزة
عن النبي صلى الله عليه وسلم . أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه
أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطباً والعريه عندهم هي اسم لما دون الخمسة
الأوسق من التمر وذلك انه لما كان العرق عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نحلته
هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقه في القدر
لهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن ليد أنه قال لرجل من
أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عراياكم هذه
قال فسمي رجلاً محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يتعاون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل
من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم
يأكلونها رطباً وانما لم يجز تأخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة وأما احمد
فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص في العرايا ولم يخصص المعري من غيره وأما
أبو حنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت يبعانواعاً من المزابنة رأى ان انصرفها
الى المعري ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء
خرصها تمراً وتسمية اياها بيعاً عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك في بعض الروايات
عنه فلم يجز بيعها بالبراهم ولا بشيء من الأشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز
ذلك وقد قيل ان قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك
لانه خالف الاحاديث في مواضع . منها انه لم يسمها بيعاً وقد نص الشارع على تسميتها
بيعاً . ومنها انه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبه
لا تكون العرية استثناء من المزابنة لان المزابنة هي في البيع والعجب منه أنه سهل عليه
أن يستثنيها من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر
عليه ان يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهي المزابنة والله أعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

(كتاب الاجارات)

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في اليسوع أعني أن أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعني فيما يخص نوعاً نوعاً منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولاً إلى قسمين، القسم الأول في أنواعها وشروط الصحة والفساد، والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولاً ما في ذلك من الخلاف ثم نسير إلى ذكر ما في ذينك القسمين من المسائل المشهورة إذ كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التي تجري من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول . وحكى عن الاصم وابن عليه منعها ودليل الجمهور قوله تعالى « انى أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين » الآية وقوله « فان أرضن لكم فاتوهن أجورهن » ومن السنة الثابتة ما أخرجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بنى الدئل هادياً خريناً وهو على دين كفار قريش فدفعنا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيراً وشروط ظهره إلى المدينة وما جاز استيفاءه بالشرط جاز استيفاءه بالاجر . وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات في وقت العقد معدومة فكان ذلك غرراً ومن يبيع مالم يخلق ونحوه نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب أو يكون استيفاءه وعدم استيفائه على السواء .

(القسم الاول)

وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس المنفعة التي يكون الثمن مقابلاً له وصفتها .

فاما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك من باب اليسوع : وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوايح وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن وفي اجارة ترو الفحول . فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجزوا ذلك بته وهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدرهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شيء ما عدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وماعدا ما ينبت فيها كان طعاما أو غيره . والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بما عدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام ومن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسالت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع وابن عمر وأخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى انه لا يخص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شاذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له أرض فليرعها أوليرعها ولا يؤجرها فهذه هي جملة الاحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الارض وقالوا أيضا من جهة المعنى أنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الضرر لانه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن

يلتفع من ذلك بشيء قال القاضي ويشبه أن يقال في هذا أن المعنى في ذلك قصد
الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا
الحلقة . وأما عمدة من لم يجز كراهها إلا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن
عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إنما
يزرع ثلاثة رجل له أرض فيزعمها رجل منح أرضا فهو يزرع ما منح ورجل اكترى
بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتمدى ما في هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقا
وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من أجاز كراهها بكل شيء ما عدا
الطعام وسواء كان الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار
عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها
أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى المحاقلة
التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرها حديث سعيد بن المسيب مرفوعا
وفيه والمحاقلة استكراه الأرض بالحنطة قالوا وأيضا فإنه من باب بيع الطعام بالطعام
نسبته وعمدة من لم يجز كراهها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها أما بالطعام فحجته
حجة من لم يجز كراهها بالطعام وأما حجته على منع كراهها مما ثبت فهو ما ورد من
نهي صلى الله عليه وسلم عن الخبابة قالوا وهي كراه الأرض بما يخرج منها وهذا قول
مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراهها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج
منها أنه كراه منفعة معلومة بشيء معلوم فجاز قياسا على اجازة سائر المنافع وكان هؤلاء
ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا اكترى
رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال كسنا أكثر
أهل المدينة حقا قال وكان أحدنا يكرى أرضه ويقول هذه القطعة لي وهذه لك وربما
أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهأ النبي صلى الله عليه وسلم خرجه البخاري وأما
من لم يجز كراهها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثار . أما الآثار فما ورد من النهي عن
الخبابة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن أمر كان بنا رفقنا فقلت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال
دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على الربيع
وعلى الأوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازرعوها
أو زارعوها أو امسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان البخاري ومسلم .
وأما من أجاز كراهها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يحملوها من أموالهم

على نصف ما تخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لانه مضطربة المتن وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لاعلى الحظر بدليل ماخرجه البخازي ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيأ قالوا وقدم معاذ ابن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم .

(وأما اجارة المؤذن) فان قوم ما يروا في ذلك بأسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اتخذ مؤذنا لا يأخذ على آذانه أجرا والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعني هل هو واجب أم ليس بواجب . وأما الاستتجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازوه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الجبر فهل عندكم دواء أورقية فان عندنا معنوها في القيود فقلنا لهم نعم فجاءوا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع برقى ثم أنفل عليه فكانما أنشج من عقال فأعطوني جملا فقلت لاحتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله فقال قل فلمزى لمن أكل برقية باطلا فلقد أكلت برقية حقا وبما روى عن أبى سعيد الخدرى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا في غزاة فمروا بحى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ أو عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرىء فأعطى قطيعا من الغنم فأبى ان يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال به رقية قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم وأما الذين كرهوا الجمل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجمل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجمل المذكور في الاجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقى وسواء كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستتجار عندنا جائز كالملاجات قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فجله على ان ينزوا كواما ملوثة ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهى عن عيب الفحل ومن اجازة شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستتجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعى ولا عند مالك والشافعى

يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقدمة على أفرادها فلا يجوز استئجار
تفاحة للشم ولا طعام لتزوين الخانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على أفرادها فهو
لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم
والدنانير وبالجمله كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو
قرض وكان أبو بكر الابهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الاجرة فيه وإنما منع
من منع اجارتها لانه لم يتصور فيها منفعة الا باتلاف عنها ومن أجاز اجارتها تصور فيها
منفعة مثل أن يتجمل بها أو بتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب فهذه
هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة
بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنًا في المبيعات
وما لا يجوز وما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن
عسب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوي ومعنى نهى
النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع
القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطبخه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو
استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي من الاشياء التي تكون ديونًا على
النعم ووافقه الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان
بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز للطحان وهذا
على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان
ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريره وخالفهم
في ذلك آخرون فقالوا كسبه رديء يكره للرجل وقال آخرون بل هو
مباح . والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فمن رأى أنه حرام
احتج بما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من
السحت كسب الحجام وبما روى عن أنس بن مالك قال : جرم رسول الله صلى الله
عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عوف بن أبي جحيفة قال اشترى أبي حجاما
فكسر محاجه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن ثمن الدم . وأما من رأى أباحه ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال : احتج
رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجرة قالوا ولو كان حراما لم يعطه
وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعا ابا طيبة فحججه فسأله كم ضربتك
فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه ايضا أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر
مواليه ان يخففوا عنه . وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن

رافع أو رافع بن رفاعه جاء الى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وامرنا أن نطعمه ناضحا وبما روى عن رجل من بني حارثة كان له حجام وسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقهاه ثم عاد فقهاه فلم يزل يراجعته حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعلف كسبه ناضحك وأطعمه رفيقك . (ومن هذا الباب أيضا) اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار أخرى فاجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ولعله رأها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجلس المنفعة وأما ما يتعلق باوصافها فنذكر أيضا المشهور منها من ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب وأما بضرب الاجل اذا لم تسكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك أما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت وأما بالمسكان ان كان مشيا مثل كراء الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارة المجهولات مثل أن يعطى الرجل حمارة لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود . عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل المكان الغين ما امتنع في المبيعات . واحتج الفريق الثاني بقياس الاجارة على القراض والمساواة والجمهور على ان القراض والمساواة مستثيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الاصول وانفق مالك والشافعي على انهما اذا ضربا بالمنفعة التي ليس لها غاية امدان الزمان محدودا وحدودا أيضا أول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا او شهرا بكذا ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعي لانه غرر وأجازه مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك مالك والشافعي اذا كان أول العقد متراجعا عن العقد وأجازه مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الأرض غير المأثومة التغير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا تتغير الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لاكثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والأنهار فاجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا

يجوز الكراء في أرض المطر إلا لعام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز إلا لمشرة أعوام فقط. فالاختلاف هنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد. وكذلك اختلف مالك والشافعي إذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لأقل مدة مثل أن يقول أكرى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك أمدا معلوما فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غير ذلك وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء هل هو من الغرر المفقود عنه أو المنهى عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والإجارة أجاز مالك ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ولم يجر مالك أن يقرن بالبيع إلا الإجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في إجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لا تجوز لأن عنده أن الانتفاع بها مع الإشاعة متعذر وعند مالك والشافعي أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه أعني رب المال ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الإطلاق وأجاز مالك ذلك على الإطلاق أعني في كل أجير وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط ^١ وسبب الخلاف هل هي إجارة مجهولة أم ليست بمجهولة فهذه هي شرائط الإجارة الراجعة إلى الثمن والمثمن. وأما أنواع الإجارة فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين إجارة منافع أعيان محسوسة وإجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفي منفعته وفي الشيء الذي تستوفي به منفعته فلا بد من وصف المركوب مثلاً والحمل الذي تستوفي به منفعة المركوب وعند مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف وعند الشافعي يحتاج إلى الوصف وعند ابن القاسم أنه إذا استأجر الراعي على غنم باعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط إجارة الذمة أن يجعل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط إجارة الأرض غير المأمونة السقي عنده أن لا يشترط فيها النقد إلا بعد الرى، واختلفوا في الكراء هل يدخل في أنواعه الخيار أم لا فقال مالك يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين، وقال الشافعي لا يجوز فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم الأول من هذا الكتاب وهو الذي يشتمل على النظر في محال هذا

العقد واوصافه وأنواعه وهي الاشياء التي تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كانت على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقي النظر في الجزء الثاني وهو أحكام هذا العقد .

﴿ الجزء الثاني من هذا الكتاب وهو النظر في أحكام الاجارات ﴾

واحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين ، الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه ، الجملة الثانية في أحكام الطوارئ . وهذه الجملة تنقسم في الاشارة الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف .

(الجملة الاولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكري دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وأبو حنيفة أن الثمن انما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع الا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضاً معيناً أو يكون كراء في الذمة وقال الشافعي يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعي كأنه رأى ان تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة او داراً وما أشبه ذلك هل له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه فاجازه مالك والشافعي وجاعة قياساً على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب ربح ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعني من المكري وأيضاً فانه من باب بيع ما لم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملاً وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري والجمهور رأوا ان الاجارة في هذا شبه بالبيع ومنها ان يكرى الدار من الذي أكرأها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكأنه رأى انه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فإراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره مثل ضرره الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراه فالجمهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه انه على المكترى وبه قال الشافعي واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس في هذه على رب الدار . ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر

فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من اصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

(الجملة الثانية وهي النظر في الاحكام الطوارئ) الفصل الاول منه وهو النظر في الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا في عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم الى انه لا ينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للمعذر الطارئ على المستأجر مثل ان يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبي حنيفة انه شبه ذهاب ماله تستوفي المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء منافع لا يتعين في الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستأجر على رعاية غنم باعياتها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر ان يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس احتلافا في المذهب وانما ذلك على قسمين : أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعياتها أو بيع طعام في حائوت وما أشبه ذلك واشترط ابن القاسم في المدونة أنه اذا استأجر على غنم باعياتها فانه لا يجوز الا ان يشترط الحلف هو التقات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء العين لكن لما رأى التلف سائقا الى الفسخ رأى أنه من باب الضرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الحلف . ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أغنى المسكري أو المسكري فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحق وأبو ثور لا ينفسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثوري والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت

نقطة لأصل الرقبة المكسرة من ملك إلى ملك فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة أعني أنه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب هنا انتقال الملك والاتى الملك ليس له وراث وذلك خلاف الإجماع وربما شبهوا الإجارة بالهسكاح إذا كان كلاهما استيفاء منافع والشكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الإجارة عندهم تستحق جزأ فجزأ بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الإجارة فإن المستأجر يستوفي في ملك الوارث حقا بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وإن مات المستأجر فتكون الإجارة مستحقة عليه بعد موته والميت لا يثبت عليه دين بإجماع بعد موته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الإجارة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعند مالك أن أرض المطر إذا كريت فنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينسخ وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من أن يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء وعندنا أن الكراء الذي يتعلق بوقت مائه أن كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكترى عن ذلك الوقت أنه تنسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فإنه لا ينسخ هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان . فأما الكراء الذي يكون في الذمة فإنه لا ينسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينقذ الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف في الذمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

(الفصل الثاني وهو النظر في الضمان)

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال . فأما بالتعدي فيجب على المكترى باتفاق والخلاف إنما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أولا بوجبه وفي قدره . فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن الكرى دابة إلى موضع ما فتعدي بها إلى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء فقال الشافعي . وأحمد عليه الكراء الذي التزمه إلى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التي تعدي فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدي فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه في المسافة المتعداة . ولا خلاف أنها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضامن لها فعمدة الشافعي أنه تعدي على المنفعة فلزمه أجره المثل أصله التعدي على سائر المنافع وأما مالك فكانه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى

انه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالقاصب وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الأصول الشرعية والاقرب الى الأصول في هذه المسئلة هو قول الشافعي وعند مالك ان عثار الدابة لو كانت عثوراً تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لماهلك عنده مما استؤجر عليه الا ان يتعدى ماعدا حامل الطعام والطحان فان مالكاضمنه ماهلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضمن الصناع مادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ماهلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل ياجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصناع المشترك يضمن وسواء عمل باجر أو بغير أجر ويتضمن الصناع قال على وعمر وان كان قد اختلف عن على في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصناع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير للنعم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين ان يعملوا باجر أو لا يعملوا باجر فلان العامل بغير أجر إنما قبض الممول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضا من لم ينتصب نفسه لم يكن في تضمنه مد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمن حامل القوت وما يجري مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن الا بالتعدى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت اليينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك اذا قامت اليينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجر لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ما قال ابن الموزان المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب ان لا يضمن عمل الصناع باطلا ووجه ما قال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول ابن الموزان اقيس وقول ابن القاسم أكثر نظر إلى المصلحة لانه رأى ان يشتركوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في

ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان الا من الموج وأصل مذهب مالك ان الصانع بضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع اذا عمله في نجائوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطيب وما أشبهه اذا اخطأ في عمله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة .

* (الفصل الثالث) *

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضاً مسائل : فمنها اتم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصانع ردما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع قال قول عند مالك قول الدافع وعلى الصانع البينة لانهم كانوا ضامنين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصانع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم بينة فلا يبرهون الا ببينة . واذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكري والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وان طال وهو الاصل . واذا اختلف المكري والمكترى أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير . ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف

والنفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة إذا انعقد وكان يشبه ما قال وإن كان اختلافهما في قدر المسافة فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والنفاسخ وإن كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة إن انتقد وكان يشبه ما قال وإن لم ينتقد وأشبه قوله تحالفا وينسخ الكراء على أعظم المسافتين فما جمل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك إن انتقد ولم يشبه قوله وإن اختلفا في الثمن وانفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أو لم ينقد لأنه مدعى عليه وإن اختلفا في الأمرين جميعا في المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة اكترت منك إلى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار إلى أشيلية فإن كان أيضا قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا ونفاسخا وإن كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فإن كان لم ينقد المكترى شيئا كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة إلى قرمونة على أنه لو كان الكراء به إلى أشيلية وذلك أنه أشبه قول المكترى وإن لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وإن كان المكترى نقد الثمن الذي يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة وبقي له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشيء منه إذ هو مدعى عليه في قبضه وهو يقول بل هو لي وزيادة فيقبل قوله فيه لأنه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذي أقربه المكترى على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التي ادعاها بهذا القدر كاف في هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجمل ﴾

والجمل هو الاجارة على منفعة مذكورة من حصيلها مثل شارطة الطبيب على البره والمعلم على الحذاق والناشد على وجود المبد الآبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين ، أحدهما ان لا يضرب لذلك أجلا . والثاني ان يكون الثمن معلوما وقد أبو حنيفة لا يجوز ولا شافعي القولان وعمدة من أجازوه قوله تعالى (وان جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الأباق والسؤال وما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الفرر الذي فيه قياسا على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجمل لا يستحق ثمنه إلا بتام العمل وأنه ليس به قد لازم واختلاف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراه السفينة هل هو جمل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراه إلا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهبا إلى أن حكمها حكم الجمل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراه وقال اصبح ان لحج فهو جمل وان لم يلبح فهو اجارة له بحسب الموضع الذي وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحلّه وشروطه وأحكامه ومحلّه هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لأنه اذا انتفع الجاعل بجزء منها عمل المتكسب للجمل ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجمل عليها وقلنا على حكم الجمل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التي انعقد الجمل عليها لم يكن له ثمن فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير ان يعوضه من عمله باجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جمل أو اجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجمل أولا يجوز مثل اختلافهم في المجاعة على حفر الابار وقالوا في المغارة انها تشبه الجمل من جهة البيع من جهة وهي عند مالك ان يعطى الرجل أرضه لرجل على ان يغرس فيه عددا من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الأرض متفق عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب القراض ﴾

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه ما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجربه على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعدوا ان كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يقترون به شرط يزيد في محبة الربح أو في الضرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدرهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائلهم .

(الباب الاول في محله)

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها : وأما محله فاتهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدرهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على أنه يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى ليلي وجمعة الجمهور ان رأس المال اذا كان عروضاً كان غرضاً لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما ويرده وهو يساوى قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولاً وأما أن كان رأس المال مائة يباع العروض فان مالكا منعها والشافعي أيضاً وأجازها أبو حنيفة وعمدة مالكا أنه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع ان ما يبيع به السلعة مجهول فكانه إنما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضاً إنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ ينص رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذي جوزه ابن أبى ليلي بل هو الظاهر من قولهم قارض حكوا عنه أنه يجوز ان يعطى الرجل

مروبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا إنما هو على أن يجعلا أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب ويشبه أيضا أن جعل رأس المال الثمن أن يتهم القارض في تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلاف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه أشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازها شبهها بالدرهم والدينار لقلة اختلاف أواقها واختلاف أيضا أصحاب مالك في القراض بالفلوس فمنه ابن القاسم وأجازها أشهب وبه قال محمد بن الحسن وجهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يحطيه له قراضا قبل أن يقبضه أما الملة عند مالك فخافة أن يكون اعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه فيكون الربا المنهى عنه . وأما الملة عند الشافعي وأبي حنيفة فإن ما في الدمة لا يتحول ويعود أمانة واختلفوا في من أمر رجلا أن يقبض ديناله على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لأنه رأى أنه ازداد على التعامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكوفي قالوا لأنه وكفه على القبض لأنه جعل القبض شرطا في المضاربة فهذا هو القول في محله . وأما صفة فهي الصفة التي قدمناها .

(الباب الثاني في مسائل الشروط)

وجهة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى محبة زائدة ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحد هاتين من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض إن ذلك لا يجوز لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض محجولا وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق بشرط أحدهما لصاحبه مع نفسه فهذه محبة ما انفقوا عليه وإن كان قد اختلفوا في التفصيل فمن ذلك اختلافهم إذا اشترط العامل الربح كله فقال مالك يجوز وقال الشافعي لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه أحسن من رب المال تطوع إذا كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعي رأى أنه غرر لأنه إن كان خسران فعلى رب المال وهذا يفارق القرض وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها إذا اشترط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط

باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة
ففسده بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على
حديث بريرة المتقدم . واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف
مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين
موضع ماله تجارة أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في
اشتراط جنس من الساع لا يجوز ذلك الا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً
ما من أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط
عليه ضمن فما لك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط ممن باب التضييق على المقارض
فيهظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه
أن لا يشتري جنساً ما من الساع لكان على شرطه في ذلك باجماع ولا يجوز القراض
المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فن لم يجزه رأى ان في ذلك
تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند
بلوغ الاجل الى بيعها فباحته في ذلك ضرر ومن أجاز الاجل شبه القراض بالاجارة
ومن هذا السبب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح فقال مالك في
الموطأ لا يجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقوله
مالك قال الشافعي وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال بسهولة لانه
لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبيهاً باشتراط زكاة أصل المال
عليه أغنى على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم
النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزيكى فكانه اشترط
عليه في الربح اثلاث الاربع العشر أو النصف الاربع العشر أو الربع الاربع عشر
وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم
النسبة فكان ممكناً ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلاً وهل يجوز أن يشترط
ذلك المقارض على رب المال في المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب
المال فقيل يجوز أن يشترط العامل على رب المال ولا يجوز أن يشترطه رب
المال على العامل وقيل عكس هذا . واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال
علماً بعيته على أن يكون الغلام لصيب من المال فأجازه مالك والشافعي وأبو
حنيفة وقال اشهب من أصحاب مالك لا يجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبه بالرجل بقارض
الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة أزدادها العامل على رب المال فاما أن

اشترط العامل غلامه فقال الثوري لا يجوز ولغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان
حظ العامل يكون عنده مجهولا .

(القول في أحكام القراض)

والاحكام منها ماهي أحكام القراض الصحيح ومنها ماهي أحكام القرض الفاسد
وأحكام القراض الصحيح منها ماهي من موجبات العقد أعني أنها تابعة لموجب العقد
ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم
يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من
هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول
إنه أجمع العلماء على أن القرض ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد
منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض . واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك
هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل
أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأبوا بآمين . وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل
واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما
فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد
الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن
ينض جميع رأس المال وانه ان خسرت تجر ثم ربح جبر الحسran من الربح واختلفوا
في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك بعينه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيرجع
فيريد المقارض أن يحل رأس المال ببقية المال بعد الذي هلك هل له ذلك أم لا . فقال مالك
وجهور العلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضا لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل
فاخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجر حتى يفاصله
ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن حبيب من أصحاب مالك إنه يلزمه
القول ويكون الباقي قراضا وهذه المسئلة هي من أحكام الطوارئ ، ولكن ذكرناها
هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهي من أحكام العقد . واختلفوا هل للعامل
نفقة من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة اقوال . فقال الشافعي في أشهر أقواله
لا نفقة له أصلا الا أن ياذن له رب المال . وقال قوم له نفقة وبه قال إبراهيم
النخعي والحسن وهو أحد ما روى عن الشافعي . وقال آخرون له النفقة في السفر من
طعامه وكسوته وليس له شيء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجهور
العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمله ذلك وقال الثوري ينفق ذاهبا ولا ينفق راجعا

وقال الليث يتعدى في المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لانتفقه له في المرض وحجته من لم يجره ان ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجر أصله المنافع وحجة من أجاز له أن عليه العمل في الصدر الاول ومن أجاز له في الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الامصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وانه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها :

(القول في أحكام الطوري)

واختلفوا اذ أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك ان أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيها ادعاء من الضياع. وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري ما أخذ العامل يردده ويجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك. واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وان شاء تبرأ عنها . وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبه بالوكيل الا أنه قال يكون رأس المال في ذلك القراض الثمن ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عينا أعنى ثمن تلك السلعة التي تلفت أولا والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجاز أبو حنيفة على الإطلاق وأجاز الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا اعرف خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال إنما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه. واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض . فقال مالك ذلك لا يجوز : وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ دينافيا. واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذا لم يأمره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن

به قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل إنما
جب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا في أكثر الأحوال
من رأى أن يتصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يجزه
من رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أحازه واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة
الليث في العامل يخاطب ماله بمال القراض من غير إذن رب المال فقال هؤلاء كلهم
أعدا مالكا هو تعدد ويضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير
من فقهاء الأمصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر أنه ضامن
ن كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون المذي عمل شرطه على الذي
يدفع اليه فيوفيه حظه مما بقي من المال . وقال المزني عن الشافعي ليس له إلا أجره
مثله لانه عمل على فساد .

* (القول في حكم القراض الفاسد) *

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه ما لم يفت
بالعمل . واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال،
أحدها أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو
قوله وقول أشهب ، والثاني أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة
وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك وحسبي عبد الوهاب أنها رواية عن
مالك . والثالث أنه يرد الى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه وإنما له الأقل مما
سوى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو . مشروط الشرط على المقارض أو الأكثر
من قراض مثله أو من الجزء الذي سمى له ان كان المقارض هو . مشروط الشرط الذي يقتضى
الزيادة التي من قبلها فسد القراض وهذا القول يخرج رواية عن مالك ، والرابع أنه
يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد
أحدهما عن صاحبه وإلى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها
مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن
نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله في
القراضات الفاسدة في بعضها وهو الأكثر قال ان فيها أجره المثل وفي بعضها قاله
فيها قراض المثل فاختلف الناس في تأويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على
الفرق الذي ذهب إليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدي
رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه أجره

نل الا تملك لتي نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض بالمعروض والقراض لضمان والقراض الى أجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك في المال ركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه فحلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال لي ان لا يشتري به الا بالدين فاشترى بالنقد أو على أن لا يشتري السلعة كذا وكذا السلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى عدة احدة والافهو اختلاف من قول ابن القاسم وحكي عبد الوهاب عن ابن القاسم انه يصل فقال ان كان الفساد من جهة المقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة زيادها أحدهما الى الآخر رد الى أجره المثل والاشبه ان يكون الامر في هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شيء له .

(في اختلاف المتقارضين) واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثوري وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجره مثله به وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليقين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أولانه في الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواها شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب المسابقات

(القول في المسابقة) اما أولا في جوازه والثاني في معرفة الفساد والصحة فيها والثالث في أحكامها .

(القول في جواز المسابقة) فلما جوازه فعليه جهور العلماء مالك والشافعي

والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أبي حنيفة وأحمد وداود وهي عندهم مستتاة بالسنة من بيع ما لم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لانجوز المساقاة أصلاً وصحة الجمهور في اجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خير نخل خير وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها أخرجه البخاري ومسلم وفي بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة وما رواه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خير يوم افتتح خير أقرم على ما أقرم الله على أن التمر بيتنا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرض بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلي وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار في معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فمعدبتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع أنه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون أقرم على أنهم عبيد ويحتمل ان يكون أقرم على أنهم ذمة الا اذا أنزلنا أنهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه يبيع ما لم يخلق وأضافانه من المزبنة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلاً لان القسمة بالحرص يبيع بالحرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى في حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الحرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلي وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهي الوارد عن المخاربة هو ما كان من هذا الفعل بخير والجمهور يرون ان المخاربة هي كراه الأرض ببعض ما يخرج منها قالوا وما يدل على نسخ هذا الحديث أو انه خاص باليهود ما ورد من حديث زافع وغيره من النهي عن كراه الأرض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضي جواز ذلك وهو خاص أيضاً في بعض روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أغنى بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

(القول في صحة المساقاة) والنظر في الصحة راجع الى النظر في أركانها وفي وقتها وفي شروطها المشترطة في أركانها وأركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذي تعتقد عليه وصفة العمل الذي تعتقد عليه ، والمدة التي تجوز فيها وتعتقد عليها .

(الركن الاول في محل المساقاة) واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة إلا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط ، وقال مالك تجوز في كل أصل ثابت كثرمان والدين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون في الأصول غير الثابتة كالمقاني والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا

تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه أجازها فيه اذا ثبت قبل ان تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقذ فيها سبب عام فوجب تعددية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الاشياء التي علفت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعي فائما أجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقاة هو بالحرص وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالحرص في النخل والكرم وان كان ذلك في الزكاة فكانه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث وأمره ان يحرص الغنم وتؤدي زكاته زبيبا كما تؤدي زكاة النخل تمراً ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمن ابن اسحق وليس بالقوى . واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوز ان تساقى الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحب أبي حنيفة والليث . وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجاعة وقال الشافعي وأهل الظاهر لانجوز المساقاة الا في الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الأرض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجا منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فادونه أعني أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فادونه ولم يجزان بشرط رب الأرض ان يزرع اليابس لنفسه لانها زيادة ازادها عليه وقال الشافعي ذلك جائز وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا أعني على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطربة بالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبنى على غير الأصول لان الأصول تقتضي انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لانجوز المساقاة في البقل وائما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقي فيبقى عليه أعمال آخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقي بالماء هو الفعل الذي تعتقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها .

الركن الثاني

وأما الركن الذي هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والابار . واختلفوا في الجذاذ على من هو وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال في الموطا السنة في المساقاة التي تجوز لرب الحائط أن يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعي ليس عليه سد الحظار لأنه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الابار والسقي . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السواني والانهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعي هو على العامل الا أن مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال سجاز . وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتفسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل في الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير في اصلاح الثمر وعمل له تأثير في اصلاحها والذي له تأثير في اصلاحها منه ما يتابد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فاما الذي ليس له تأثير في اصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشيء اليسير منه . وأما ماله له تأثير في اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفرة بئر أو انشاء ظفيرة للحماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجني فيه الثمر . وأما ماله له تأثير في اصلاح الثمر ولا يتابد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقي ووزر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ما كان في الحائط من البواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقى . فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة . وأما ان اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز . وقال الشافعي لا بأس بذلك وان لم يكن في الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك . وقال محمد بن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازوه رأى ان ذلك نافع وسيروا وتردد الحكم بين هذين الأصلين استحسّن مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم لأن اشتراط المنفعة في ذلك أظهر وانما فرّق محمد بن الحسن لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ماوجب عليه من المساقاة وهو العمل

بيده وانفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ان ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

الركن الثالث

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر فجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل أن ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز، وانفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنابر ولا شيئاً من الأشياء الخارجة عن المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقى على حائطين أحدهما على جزء والاخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام في خير وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى في الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك في الشركة وأنها لا تجوز بالحرص وأجاز قوم قسمتها بالحرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزانية ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من أجاز قسمتها بالحرص تشبيهاً بالعمرية وبالحرص في الزكاة وفيه ضعف واقتوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الحرص في مساقات خير من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء ابن يسار .

*(الركن الرابع) *

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشروط في جواز المساقاة ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المحدد لمدتها . فاما الوقت المشروط في جواز عقدتها فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فتذهب الجمهور ممن القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه أنها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذا كان يجوز بيعه في

ذلك الوقت قالوا وإنما هي اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعني عند الجمهور . وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة فان الجمهور على أنه يجوز أن يكون مجهولا أعني مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الفرر قياسا على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقرم ما أقرم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجدلا بالاهلة . وأما هل اللفظ شرط في هذا المقعد فاختلنوا في ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لا تنقعد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنقعد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم تنقعد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون .

القول في احكام الضحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينقعد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد مورث ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناه وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته . وقال الشافعي اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد المقعد وان كانت له تركة لزمته المساقاة . وقال الشافعي تنسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل . وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره . ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شيء . استؤجر من حظه من الثمر واذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعي أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل . وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر . فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه . وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها .

❦ احكام المساقاة الفاسدة ❦

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنسخ ما لم تفت بالعمل واختلفوا إذا قامت بالعمل ماذا يجب فيها ف قيل إنها ترد الى اجارة المثل في كل نوع . وفي أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل أنها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك ف قيل في مذهبه أنها ترد الى اجارة المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها : أحدها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطمع . والثانية إذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة ، والرابعة إذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل أن الاصل عنده في ذلك أن المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها الى اجارة المثل مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنائير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة . وأن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساد من قبل الثمر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه ان كان الشرط للمساقى أو أقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

❦ كتاب الشركة ❦

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في

هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع . شركة العنان .
وشركة الابدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليه .
وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في
بعض شروطها على ما سيأتى بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها
عند من اتفق منهم عليها .

(القول في شركة العنان)

وأركان هذه الشركة ثلاثة الاول محلها من الاموال . والثاني في معرفة قدر الربح
من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

(الركن الاول)

فاما محل الشركة فانه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة
تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير والدراهم وان كانت في الحقيقة بيع
لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الاجماع
خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشريكين بالعرضين يكونان
بصفة واحدة . واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة
بالدينارين من أحدهما والدراهم من الآخر وبالطعام الربوي اذا كان صنف واحد
فهي ثلاث مسائل .

(المسئلة الاولى) قلما اذا اشتركا في صنفين من العروض أو في عروض ودراهم أو دنانير
فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية
اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع
جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها
الشركة القيم والشافعي يقول لا تعتقد الشركة الا على ائتمان العروض وحكي أبو حامد
أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدراهم
والدينارين . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

(المسئلة الثانية) وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيها النساء مثل الشركة
بالدينارين من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلاف في
ذلك قول مالك فأجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند
أحدهما والدينارين من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل

الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها .

(المسئلة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فأجازها ابن القاسم قياسا على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قوليهِ وهو المشهور بعدم المناجرة الذي يدخل فيه اذ رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفقر الى الاستواء في القيمة والبيع يفقر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء في القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في مجلس محل الشركة . واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أولا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلط اما حسا واما حكما مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ، وقال الشافعى لا تصح الشركة حتى يختلطا ما بينهما خلطا لا يتميز به مال احدهما من مال الآخر . وقال أبو حنيفة تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده قابو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقة ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

(فاما الركن الثانى) وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعا لرؤس الاموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعى ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالحسran فكما انه لو اشترط أحدهما جزأ من الحسran لم يجز كذلك اذا اشترط جزأ من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين . أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما سطره عليه وانعام ليس يجعل مقابله الاعمال فقط كان في الشركة اخرى ان يجعل للعامل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك .

(وأما الركن الثالث) الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك لمال فلا

يعتبر بنفسه وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة إلا أن يكون مالا ممتساويين النقتا إلى العمل فانهم يرون أن العمل في الغالب مستوقا إذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعني دراهم أو دنائير ثم يخلطانها حتى يصيرا مالا واحداً لا يتميز على أن يبيعا ويشتريا مارأيا من أنواع التجارة وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشترطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً . والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركة أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

﴿ القول في شركة المفاوضة ﴾

واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وإن كان اختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعي لا يجوز . ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم في جميع أنواع التملكات وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال فإن الأرباح فروع ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الفرر وما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيما ووكالة وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله في أنه لا يرعى في شركة العنان إلا النقد فقط وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوى في رؤس الأموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان وقال أبو حنيفة لا يكون لأحدهما شيء إلا أن يدخل في الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضي هذين الأمرين أعني تساوى المالكين وتعميم ملكهما .

﴿ القول في شركة الأبدان ﴾

وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي وعمدة

الشافعية أن الشركة إنما تختص بالاموال لا بالأعمال لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم
إذا كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغائبين في
الغنيمة وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من أن ابن مسعود شارك سعداً يوم
بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم
عليهما وأيضاً فإن المضاربة إنما تتعقد على العمل فجاز أن تتعقد عليه الشركة والشافعية
أن المفارقة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة
خارجاً عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعين والمكان وقال أبو حنيفة
تجوز مع اختلاف الصنعين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة
مالك زيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف الصنعين أو اختلاف المكان وعمدة أبي
حنيفة جواز الشركة على العمل :

(القول في شركة الوجوه الصحيحة)

وشركة الوجوه عند مالك والشافعية باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه
الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعية أن الشركة
إنما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر
لأن كل واحد منهما طارض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو
حنيفة يعتمدانه عمل من الأعمال فجاز أن تتعقد عليه الشركة .

(القول في أحكام الشركة الصحيحة)

وهي من العقود الجائزة لامن العقود اللازمة أي لأحد الشريكين أن يفصل من
الشركة متى شاء وهي عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا
في العيال ولم يخرجوا عن نفقة مثلهما ويجوز لأحد الشريكين أن يضع وإن يقارض
وإن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولا
أن يتصرف فيه إلا تصرفاً يرى أنه نظر لها . وأما من قصر في شيء أو تعدى فهو
ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فإنه يضمن لأنه قصر
أذ لم يشهد وله أن يقبل الشيء المعيب في الشراء وإقرار أحد الشريكين في مال لمن
يتهم عليه لا يجوز وتجاوز أقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال
التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا باذن شريكه ويتنزل
كل واحد منهما منزلة صاحبه فيماله وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ صلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

(كتاب الشفعة)

والنظر في الشفعة أولا في قسمين * القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي
اركانه * القسم الثاني في أحكامه .

﴿ القسم الاول ﴾

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث
الثابتة وأركانها ، أربعة الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الاخذ بالشفعة

﴿ الركن الاول ﴾

وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة الى ان لا شفعة الا للشريك ما لم يقاسم وقال
أهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا
بقيت في الطرق أو في الضحى شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار
ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن
عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالشفعة فيما
لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضا أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه
مسلم والترمذي وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن
أبي سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصح ما روى في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل
مالك أحب الى اذا كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفا وقد جعل قوم هذا
الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهينا له وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن
ابن شهاب عن أبي هريرة ووجه استدلالهم من هذا الاثر ما ذكر فيه من أنه اذا وقعت
الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن
لا تكون واجبة للجار وأيضا فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة أهل العراق
حديث ابن رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: الجار أحق بصقبه وهو حديث

متفق عليه وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه السلام انه قال : جاز الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لم أيضا انه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخلى من الشركة وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب أن يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجح ما شهدت له الاصول ولكلا القوانين سلف متقدم لاهل المراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

﴿ الركن الثانى ﴾

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والمقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها في ثلاثة أنواع ، أحدها مقصود وهو المقار من الدور والحوانيت والبساتين ، والثانى ما يتعاق بالمقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبيت ومحل النخل مادام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم ، والثالث ما تعاق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزراع وكتابة المسكاتب واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا وأما ما عدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار واختلف عنه في أكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين هل يكون الذى عليه الدين أحق به وكذلك الذى عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين ولم يختلفا في ايجابها في الكتابة لحرمه العتق وفقهاء الامصار أن لا شفعة الا في المقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة في كل شيء ما عدى المكيل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل وأجازها في العرصة والطريق ووافق الشافعى مالكا في العرصة وفي الطريق وفي البئر وخالفاه جميعا في الثمار وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على المقار ماورد في الحديث الثابت من قوله عليه السلام : الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شيء فه

خرجه الترمذى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء وإن كان في العقار أظهر ولما لفظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روى : لاشفعة في بئر ومالك حمل هذا الاثر على آبار الصحارى التى تعمل في الأرض الموات لالتى تكون في أرض متملكة .

(الركن الثالث)

وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيما من انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة إنما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارث الجنائيات وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالمبة لغير الثواب والصدقة ما عدا الميراث فانه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنيفة فالشفعة عندهم في المبيع فقط وعمدة الحنيفة ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضى انها في المبيعات بل ذلك نص فيها لان في بعضها فلا بيع حتى يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما المبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبى حنيفة ولا الشافعى أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعى فلان مبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار أنه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري فقال الشافعى والكوفيين الشفعة واجبة عليه لان البائع قد حرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل أن الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بارض فمن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقاة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها في الاشراك ورأها في الاجانب .

(الركن الرابع في الاخذ بالشفعة)

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكيف يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجل هل

يأخذه الشفيع بالتن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالتن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان ملياً أو يأنى بضامن مليء وقال الشافعي الشفيع مخير فان عجل تصجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثوري لا يأخذها الا بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقى في يد الذي باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعامضات مما ليس يبيع فالمعلوم عنهم انه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى في خلع واما أن يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن حنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلة ولا موزنة فانه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقولة فانه يأخذه بقيمة الموضحة أو المنقولة . وأما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر فاما أن كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف في ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع . وأما اذا كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثاني اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لانهم أهل سهم واحد وبعضهم لانهم عصابة .

(فأما المسئلة الاولى)

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان ملائكا والشافعي وجهور أهل المدينة يقولون أن المشفوع فيه يتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلاً أخذ من الشقص ثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدتين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل أصله الاكبرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضاً فان الشفعة إنما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوى في ذلك أهل الحظوظ المختلفة

لاستوائهم في نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعنى حظ من لم يعتق

(وأما المسئلة الثانية) فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الاشراك الذين هم عصة في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وأنه لا يدخل ذو والعصة في الشفعة أهل السهم المقدرة ويدخل ذو السهم على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت قيترك عقاراً ترثه عنه بثلثان وابناعم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته احتها فقط دون ابني العم وان باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذو السهم على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعي في أحد قوليه يدخل ذو السهم على العصبات والعصبات على ذوى السهم وهو الذي اختاره المزني وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصة ومن خصص ذوى السهم من العصبات فلانه رأى أن الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى السهم وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذي هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهم على العصة ولم يدخل العصة على ذوى السهم فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان أنه رأى ان ذوى السهم أقدم من العصة . وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر فاراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثاني فقال ابن القاسم إما أن يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي له أن يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب . فاما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فاراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني فان أبا حنيفة منع ذلك وجوز الشافعي . وأما اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقي في البيوع فالجمهور على ان المشتري لن يقول لشريك إما ان تشفع في الجميع أو تترك وأنه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشتري على ذلك وأنه ليس له ان يبعش الشفعة على المشتري ان لم يرض بتبيعها وقال أصبغ من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقا لمشتري لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف في مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً فأرادا الحاضران يأخذ حصته فقط انه ليس له

ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك والتفقوا على ان من شرط الاخذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها ان تكون موجودة في حال البيع وان تكون ثابتة قبل البيع . فاما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكا في حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى أشهب ان قول مالك اختلف في ذلك فرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه في أثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه . وأما المسئلة الثانية فصورتها ان يستحق انسان شقصة في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما هل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسن . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فاما الغائب فاجع العلماء على ان الغائب على شفته مالم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال: الجار أحق بصقبه أو قبل بشفته ينتظر بها اذا كان غائبا وأيضا فان الغائب في الأكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة التفريق الثانى ان سكوتهم مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها . وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعى وابو حنيفة هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفته الا ان أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا فرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع أبدا الا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا مرقته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الأشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعى بما روى أنه عليه الصلاة والسلام : قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعى ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت

لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه وكان هذا أشبه بأصول الشافعي لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعتمد الاثر فهذا هو القول في ركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الاحكام .

* (القسم الثاني) *

(القول في أحكام الشفعة) وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى أنه لا يورث كما انه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز الى انها موروثه قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشتري وقال ابن أبي ليلى هي على البائع وعمدة مالك ان الشفعة إنما وجبت لشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم إذا أحدث المشتري بناء أو غرسا أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفيعه فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وأبو حنيفة هو متعده وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقصه والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف العاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس ذلك أنه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدي قال له ان يأخذه بنقصه أو يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته باقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لأن الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا

أتى بما يشبه باليمين فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب إذا أتى بما يشبه فائقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين وحكى عن مالك أنه قال إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين وقيل إذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع إلى القيمة وكذلك فيما أحسب إذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشتري لأنها زادت عليها :

بسم الله الرحمن الرحيم

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب القسمة ﴾

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى « وإذا حضر القسمة أولوا القربى » وقوله « بما حل منه » وأكثر نصيبا مفروضا » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وإيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام والنظر في هذا الكتاب . في القاسم ، والمقسوم عليه . والقسمة في النظر في القسمة في أبواب . الباب الأول في أنواع القسمة . الثاني في تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعني ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها أعني فيما يقبل القسمة . الثالث في معرفة أحكامها .

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في القسمة ينقسم أولا إلى قسمين . قسمة رقاب الأموال . والثاني منافع الرقاب

(القسم الأول من هذا الباب)

فاما قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن فتقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام . قسمة قرعة . بعد تقويم وتعديل وقسمة مراعاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراعاة بغير تقويم . ولا تعديل وأما ما يكال أو يوزن فيلكيل والوزن .

(القسم الثاني)

وأما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام * مالا ينقل ولا يحول وهي الرباع والاصول . وما ينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض . وأما مكيل أو موزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول الاول في الرباع . والثاني في العروض . والثالث في المكيل والموزون .

(الفصل الاول)

فاما الرباع والاصول فيجوز ان تنقسم بالتراضي وبالسهمه اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل المسلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والقسمه لا تخلو ان تكون في محل واحد وفي محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تنقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول أبي حنيفة والشافعي وعمدتهم في ذلك قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » وقال ابن القاسم لا يقسم الا ان يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة وان كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل . وقال مطرف من أصحابه ان لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار في حظ بعضهم ما ينتفع به وفي حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقال ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه : لا تعضية على أهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة بقول لا قسمة بينهم وأما اذا كانت الرباع أكثر من واحد فانها

لا تخلو أيضا ان تكون من نوع واحد أو مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة الانواع فان فقهاء الامصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمه ، وقال أبو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثاني ان كل عقار قائم بنفسه لانه يتعلق به الشفعة واحتلف أصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال . وأما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع في القسمة بالسهمه ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة ان لا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك مزبنة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك أما ابن القاسم فلا يجوز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال ويتعلل لذلك لانه يؤدي الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجوز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لانسيئة ولا نقداً وأما ان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر ان ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة وما لم يدخل في نصيبه فهو فيه على الشركة والعلة في ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمروصفة القسم بالقرعة ان تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان في سهامها كسر الى ان تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق اسماء الأشرار وأسماء الجهات فمن خرج اسمه في جهة اخذ منها وقيل يرمى بالاسماء في الجهات فمن خرج اسمه في جهة اخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوغب له حتى يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب والسهمه إنما جعلها الفقهاء في القسمة تطيباً لنفوس المتفاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى (فاسم فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الاثر الثابت الذي جاء فيه أن رجلاً اعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .

﴿ الفصل الثاني في العروض ﴾

واما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريك في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالاتفاق بها على الشباع وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي اعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لان الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أو سنة أو اجماع وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار الا مالك ولكنه كالضروري في بعض الاشياء . وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمه فاجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمه من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب فمرة أجاز القسم بالسهمه فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمه أخف من السلم ومرة منع القسمه فيما منع فيه السلم وقد قيل أن مذهبه أن القسمه في ذلك أخف وان مسائله التي يظن من قبلها أن القسمه عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع في القسمه ما تقارب من الصنفين مثل الخبز والحريز والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمه بالسهمه مع التراضي وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز بالتراضي .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فاما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمي والمكيل أيضا لا يخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائداً فان كان صنفاً واحداً فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن اذا دعا الى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفصيل بين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافاً بغير كيل ولا وزن . وأما ان كانت قسمته تحريماً فقبل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في

جواز بيعه تحرياً وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيها يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لأنه إذا كان بمكيال مجهول لم بدركم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين إذا تقاربت متافعهما مثل القمح والشعير . وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة أعنى على جهة الجمع وإن كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا . وأما في واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة إلا على حدة وإذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب .

(القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع)

فأما قسمة المنافع فاتها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم ولا يجز عليها من أبائها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع ومذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجز على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالهباة وذلك إما بالازمان وإما بالاعيان أما قسمة المنافع بالازمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الاعيان بأن يقسم الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تجديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض وذلك أيضا فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فاما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة وذلك في الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك في الاغتلال والانتفاع . واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فقليل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك في الدابة والعبد وأما الاستخدام فقليل يجوز في مثل الخمسة الايام وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلا وأما التهايو في الاعيان بان يستعمل هذا دارا مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقليل يجوز في سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء الا في الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايو بالازمان وكذلك القول في

استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف في قسمتها بالزمان فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب وفي المنافع وفي الشروط المصلحة والمفسدة وبقي من هذا الكتاب القول في الأحكام .

القول في الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ . عليها والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب إلا على قياس من يرى له تأثيراً في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر في القسمة . وأما الرد بالعيب فإنه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أو في أقله فإن وجد في جل نصيبه فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت فإن كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يديه . وإن كان قائماً بالعيب وقال أشهب والذي يفت الرد قد تقدم في كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لأن التي بالتراضي هي بيع وأما التي بالقرعة فهي تمييز حق وإذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكاً فيما في يديه وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه وإن كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد إذا استحق ما في يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لأنه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما إذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أو طرو وارث فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما ابن طرأ الدين قيل في المشهور في المذهب . وهو قول ابن القاسم أن القسمة تنتقض إلا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضاً إن القسمة إنما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك سائر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين

ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله تعالى . (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطى منه ما ينوبه من الدين وهكذا الحكم في طرو الموصى له على الورثة وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقيل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا أو موزونا وان كان حيوانا أو عروضاً انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه فقل يضمن وقيل لا يضمن .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الرهون ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى . « ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفي : الاحكام والاركان هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذي فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

﴿ الركن الاول ﴾

فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعي يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المسكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن في مال أسلفه لم يجزوه قال الشافعي . واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واحتلف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعني هل يلزم أم لا يلزم فالشهور عنه أنه يجوز أعني قبل أن يفلس والخلاف آيل الى هل المفلس محجور عليه أم لا وكل من صح أن يكون رهنه صح أن يكون مرتهنا .

﴿ الركن الثاني ﴾

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط، الأول أن يكون عينا فانه لا يجوز ان يرهن الدين، الثاني أن لا يمتنع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجوز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على اليسع، الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرهن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزروع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في اداء الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدرهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا لراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعارا . وانفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بنصب ثم أقره المفضوب منه في يده رهنا فقال مالك يصح ان ينقل الشيء المفضوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المفضوب منه الشيء المفضوب رهنا في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا ان يقبضه . واختلفوا في رهن المشاع فنه أبو حنيفة وأجازته مالك والشافعي في السبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا يمكن .

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن في جميع الاثمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة أعنى في السلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن لانه قال في أول الآية وبأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ثم قال واني كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنایات وفي الأموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة . وأما قتل

العمد والجراح التي يقاد منها فيخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها اذا عفا الولي قولان ، أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود . والقول الثاني أن ذلك لا يجوز وذلك أيضا مني على أن ليس للولي الا القود فقط اذا أبى الجاني من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيما لا تضمن ويجوز أخذه في الاجارات ويجوز في الجمل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث . أحدها ان يكون ديناً فانه لا يرهن في عين . والثاني أن يكون واجباً وأنه لا يرهن قبل الوجوب مثل ان يستره بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك . والثالث أن لا يكون لزومه متوقفاً ان يجب وان لا يجب . كالرهن في الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

القول في الشروط

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد . فاما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن أغنى في كونه رهناً فشرطان ، أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض ، والثاني مختلف في اشتراطه فاما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى « فرهان مقبوضة » واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن . ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك الى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر الى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر القود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى « فرهان مقبوضة » وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن الا أن لا يكون هناك كاتب لقوله تعالى « ولم تجسدوا كتاباً فرهان مقبوضة » ولا يجوز أهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدي عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية او ودیفة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى « فرهان مقبوضة » وجود القبض واستدامته والشافعي يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانمقد فلا

يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض في صحة العقدان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة ان لا يشترط الاستدامة . وانفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضرة فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضرة لظاهر قوله تعالى «وان كنتم على سفر» الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم : رهن في الحضرة والقول في استنباط منع الرهن في الحضرة من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم المنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فانفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه من قوله عليه السلام : لا يفلق الرهن .

في القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما لراهن من الحقوق في الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك إما من نفس العقد وإما لأمور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق . إما بحق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الاجل كان له أن يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائبا وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بهجمة الحق المرهون فيه وينفضه أعني أنه اذا رهنه في عددا فأدى منه بعضه فان الرهن بامره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسا بابعاضه أصله الكفالة .

(ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم في تمام الرهن المنفصل مثل الثمرة في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم الى ان تمام الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن أعني الذي يحدث منه في يد المرتهن ومن قال بهذا القول الشافعي : وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل في الرهن ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري ، وفرق مالك فقال ما كان من

تماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية
وأما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل في الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير
متولد ككبراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن تماء الرهن وغلته للراهن
قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك
أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض
وذلك مناقض لكونه رهنا فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضا ان يكون معناه
أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى في ذلك أن أجرة ظهوره لربه ونفقته عليه
واستدلوا أيضا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه
قالوا ولانه تماء زائد على ما رضى رهنا فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة
أبى حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ولذلك حكم الولد تابع
لحكم أمه في التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى
هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة المفرقة في ذلك وذلك أن الثمر لا
يتبع بيع الأصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس
للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيوانا فالمرتهن ان يحلبه
ويركبه بقدر ما يملكه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة
عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب
اختلافهم في الرهن يملك عند المرتهن ممن ضمانه فقل قوم الرهن أمانة وهو من
الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ومن قال بهذا
القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته
منه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين
فهم من رأى ان الرهن مضمون بالاقبل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة
وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وإنه ان فضل
للراهن شئ فوق دينه أخذه من المرتهن وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء واسحق
وفرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والمقار بما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب
عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤمن فيما لا يغاب عليه ومن قال
بهذا القول مالك والاوزاعي وعثمان البتي الا أن مالك يقول اذا شهد الشهود بهلاك
ما يغاب عليه من غير تضيق ولا تنريط فانه لا يضمن وقال الاوزاعي وعثمان البتي بل
يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم ويقول مالك قال ابن القاسم ويقول عثمان
والاوزاعي قال أشهب وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب

عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخلق الرهن وهو بمن رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه افنكا كدوم صيته منه قالوا وقد رضى الراهن أمانته فأشبه المودع عنده وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجاً له قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب ان يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله : وعليه غرمه أى نفقته قالوا وذلك بمعنى قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن مركوب ومحلوب أى أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام : له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعمدة من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بتلفه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفي الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً ارتهن فرساً من رجل فنفق في يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقتك . وأما تفريق مالك ما بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب اليه مالك كثيراً فضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبي حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته وانه ان باعه فله المرتهن الا جازة أو الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز ييمه واذا كان الرهن غلاماً وأمة فاعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسراً جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان مصرأ بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعي ثلاثة أقوال ، الرد ، والاجازة . والثالث مثل قول مالك . وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فزاد على قيمة الرهن قال قول الراهن وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الامصار القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعياً فله ههنا شبهة ينقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله ان يحلف أقوى المتداعيين

شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشيء بقيمة أكثر من المرهون فيه . واما اذا تلف الرهن واختلفوا في صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتين لانه مدعى عليه وهو مقرر ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله فان المرتين أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه . واما على أصول الشافعي فلا يتصور على المرتين يمين الا ان يناكره الراهن في تلافه . وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتين في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذل اختلفوا في الامرين جميعا أعنى في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتين في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا انفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن في المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين المرهون وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب . الباب الاول في أصناف المحجورين الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون . الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والاجازة .

(الباب الاول)

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتلوا الايتام حتى اذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم فلم يكن

عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لا يبدأ الحجر على الكبار . وهو قول إبراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير ومنهم من قال إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه هؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وإن ظهر سفه خمسة وعشرين عاماً وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالباً فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إبناس الرشد قال الله تعالى « فإن آتستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقداً ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فحمل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثاً ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمدل بدليل تأثيره في إسقاط التكليف وإنما اعتبر الصغر لأنه الذى يوجد فيه السفه غالباً كما يوجد فيه نقص العقل غالباً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد إذ كانا يوجدان فيه غالباً أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلاً فيكلف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفياً فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيداً قالوا وقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » الآية ليس فيها أكثر من منهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسوخ بيوعهم وإبطالها والمحجوزون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسائر ذكركل واحد منهم في بابه .

الباب الثانى

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجر وقت خروج السفهاء فنقول إن الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب وإما ذو وصى وإما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار ذو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا بلوغ سن التكليف وإبناس الرشد منهم وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » واختلفوا في

الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وإنباس
الرشد وقال مالك هي في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها
ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك في هذا أقوال غير
هذه قيل انها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى
يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن إنباس الرشد لا يتصور من
المرأة الا بعد اختيار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها
لنفس قانهم لم يشترطوا الرشد : وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد يمكن تصوره منها قبل هذه
المدة المحدودة وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور
ذوى الآباء البلوغ وإنباس الرشد فاختلف قول مالك اذا لمع ولم يعلم سفهه من رشده
وكان مجهول الحال فقل عنه أنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل
عنه أنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فاما ذو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية
في المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الحجر أى يقول فيه أنه رشيد ان كان
مقدما من قبل الأب بلا خلاف أو باذن القاضي مع الوصى ان كان مقدما من غير
الأب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصى الأب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد الا
حتى يعلم رشده وقد قيل أن حاله مع الوصى كحاله مع الأب يخرج من الحجر اذا
آلس منه الرشد وان لم يخرج وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال في هذا حكمه حكم
المجهول الحال ذى الأب وأما ابن القاسم فذهب أن الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد
ولا سقوطها اذا علم السفه وهي رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر والفرق
بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج
من الولاية وهو قول ضنف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ما هو
فان مالكا يرى ان الرشد هو تمييز المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا صلاح
الدين وهو سبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى
كحال الذكر لا يخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تنفس على اختلاف في ذلك وقيل
حالتها مع الوصى كحالتها مع الأب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه
لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم . وأما الممهل من الذكور فان المشهور ان أفعاله
جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيا متصل السفه أو غير متصل السفه معلنا به أو غير معلن .
وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا جاز والارده فأما اليتيم
الذى لأب لها ولاوصى فان فيها في المذهب قولين ، أحدهما ان أفعالها جائزة اذا
بلغت المحيض ، والثانى أن أفعالها مردودة مالم تنفس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر في هذا الباب في شيئين ، أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال .
 وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والإجازة وكذلك أفعال الممهلين وهم الذين بلغوا الحلم
 من غير أب ولا وصى وهو لا مكا قلنا ما صغار وأما كبار متصلو الحجر من الصغر وأما مبتدأ
 حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب
 في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له
 الأب في ذلك أو الوصى فإن أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر
 وليه إن كان له ولي فإن رآه رشداً أجازة وإلا أبطله وإن لم يكن له ولي قدم له ولي
 ينظر في ذلك وإن عمل في ذلك حتى يلى أمره كان النظر إليه في الإجازة أو الرد
 واختلف إذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي أن يفعله هل له أن ينقضه
 إذا آل الأمر إلى خلاف بحوالة الأسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه فالشهور
 أن ذلك له وقيل إن ذلك ليس له ويلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما
 أفسد وكسر مما يؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته في صغره وحنث
 به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالشهور أنه لا يلزمه وقال
 ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه
 فالشهور أنه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الأب
 والوصى كالذكر مالم تعلن على مذهب من يعتبر تنقيسها فأما السفه البالغ فجمهور
 العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالها مضى طلاقه وخلعه إلا ابن أبي ليلى
 وأبا يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال أنه ينفذ وقال الجمهور أنه لا ينفذ .
 وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء
 من المعروف إلا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها ما لها
 فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بموض
 فهو أيضاً موقوف على نظر وليه إن كان له ولي فإن لم يكن له ولي قدم له فإن رد بيعة
 الولي وكان قد أنلف الثمن لم يتبع من ذلك شيء وكذلك إن تلف عين المبيع وأما
 أحكام أفعال المحجورين أو الممهلين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال . فمنهم
 من تكون أفعاله كلها مردودة وإن كان فيها ما هو رشده . ومنهم ضد هذا وهو أن
 تكون أفعاله كلها محمولة على الرشده وإن ظهر فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله
 محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضاً وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة

على الرشد حتى يتبين سفيه فاما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تنفس على مذهب من يعتبر التفليس واختلف في حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفيه . فنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولايته من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لانفس الولاية والبكر البتيمة المهمة على مذهب سحنون . وأما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب وحال البكر ذات الاب التى لا وصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتبر في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك البتيمة التى لا وصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فنها حال البكر المعانس عند من يعتبر التفليس أو التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله اخذ المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذى الاب اذا بلغ وجهت حاله على إحدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هي جل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب التفليس ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفليس وفي أحكام الفليس (فنقول) إن الافلاس غي الشرع يطلق على معنيين . أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه . والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلا وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما فاما الحالة الأولى وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبس حتى يدفع اليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال

يفي بدينه فاني أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبس حتى يعطيهم بيده ما عليه قال جمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه ان كان ملياً أو يحكم عليه بالافلاس ان لم ينف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك الشافعي والقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم وحديث أبي سعيد الخدري أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه فتصدق للناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاق بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه: أما بعد أيها الناس فإن الاسيفع اسيفع جهنمة رضى من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وأنه ادان معرضاً فأصبح قد رين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وأيضاً من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم. وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوساً فيبيع القاضي حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء. فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم أن يقبلوا منى حائطي ويحللوا أبى قابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال ولكن سأغدو عليك قال ففدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فخذتها فمضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وبما روى أيضاً أنه مات أسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بمسألهم عليه قالوا فهذه الآثار كلها ليس فيها أنه بيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لى الواجد. يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق أصول المقار عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيما إذا يحجر عليه وبأى ديون تكون المحاصة في ماله وفي أى شئ من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فلا حالان حال في وقت الفلاس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شئ من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله وإنما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان أن يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المسريرين أو الابناء

وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله لأن له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في انفاقه في عوض كالزواج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياغه ما لم تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لايتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوز للمحجور عليه وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ولا يجوز اقراره بدين في ذمته اقرب ولا بعيد قيل إلا ان يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز ان يعلم منه اليه تقاض . واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أو لا تكون فقيل ان كانت خدق وان لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت وذهب غيره إلى خلاف ذلك وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث إلا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالا وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فيلزم مضمونة في التركة خاصة لافي ذمتهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لأنه كان في ذمة الميت وذلك بحسن في حق ذي الدين ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضى الغرماء بتحملة في ذمتهم أبقيت الديون إلى أجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار لكن لا يشبهه الفلاس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فإن ذمة المفلس يرجع للملاء لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى المجلس والقدر إماما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فإن دينه في ذمة المفلس . وأما إذا كان عين العوض باقياً بعه لم يفت إلا أنه لم يقبض منه فاختلاف في ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال الأول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والقول الثاني ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فإن كانت أقل من

الثن خير صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثن أو أقل منه قضى له بها أغنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر، والقول الرابع انه أسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة والأصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرج به مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لما لك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الأول ومنهم من خصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر مافي ذلك ان يأخذ الثمن الذي باعها به فاما ان يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك يخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بالثن كما قال مالك . واما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظلوما والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث قاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ورووا عن علي انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وإبراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث أبي هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لانها في ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقي من سلعته . وقال الشافعي بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن ، وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحاق وأحمد ان قبض من الثمن شيئا فهو أسوة الغرماء وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال : إما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجد به عينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء وهو حديث وإن أرسله مالك فقد استند عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فإن كان قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد . ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشتري بعضها إن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته الإعطاء فإنه قال إذا فوت المشتري بعضها كان البائع أسوة الغرماء . واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفليس أم لا فقال مالك هو في الموت أسوة الغرماء بخلاف الفليس . وقال الشافعي الأمر في ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضاً من جهة النظر إن فرقاً بين الذمة في الفليس والموت وذلك أن الفليس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماءه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفليس قال وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه للمالك إلا بعد أداء ما عليه فاشبه مال الفليس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك إن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعني أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبهه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرج عبد الرزاق في سبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضاً فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت أعني أن من باع شيئاً فليس يرجع إليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعي إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به . واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند الفليس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً يخرسها أو عرصة يبنها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعي بل يخير البائع بين أن يعطى قيمة ما أحدث المشتري في سلعته ويأخذها أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتاً مما لا يكون فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في

الموت والفلس او في الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس
ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا وعمل لا يتعين فاما
العرض فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتى افلس المشتري فهو احق به في الموت والفلس
وهذا ما لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشتري ثم افلس وهو قائم بيده فهو احق
به من الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده أن ياخذوا سلعة بالثمن. وقال الشافعي
ليس لهم وقال اشهب لا ياخذونها الا بزيادة يحطونها عن الفلس. وقال ابن الماجشون
ان شاؤا كان الثمن من أموالهم او من مال الغريم. وقال ابن كنانة بل يكون من
أموالهم. وأما العين فهو احق بها في الموت أيضا والفلس ما كان بيده. واختلف
اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقبل انه احق به
كالعروض في تفليس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل أنه لا سبيل له عليه
وهو اسوة الغرماء وهو قول اشهب والقولان جازيان على الاختلاف في تعيين العين
وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلس وأما العمل الذي لا يتعين
فان افلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الاجير كان الاجير احق بما عمله في
الموت والفلس جميعا كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلس وان كان فلسه بعد
أن استوفي عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التي شارطه عليها في الفلس
والموت جميعا على أظهر الأقوال إلا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على
عملها فيكون احق بذلك في الموت والفلس جميعا لأنه كالرهن بيده فان أسلمه كان
اسوة الغرماء بعمله الا ان يكون له فيه شيء أخرجه فيكون احق به في الفلس
دون الموت وكذلك الأمر عنده في فلس مكترى الدواب ان استأجر احق
بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعا وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبه
مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع احق بما في يديه في الموت
والفلس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت وانه اسوة
الغرماء في سلعته اذا فانت وعند ما يشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة
البائع منفعة بالبائع الرقية مرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري
فيقولون هو احق بها في الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت
فيقولون هو احق بها في الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فانت فيه
فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسماء حتى
أثمر الحائط ثم افلس المستأجر قائم قالوا فيه الثلاثة الأقوال وتشبيه بيع المنافع
في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء

الأمصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الوضع المفارق للاصول يضعف
ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انقدح هناك قياس
علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا
كله ليس ياتى بهذا المختصر . ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في
التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه إنما
يتبع بما في يده لا في رقبته ثم إن اعتق اتبع بما بقى عليه . ورأى قوم انه يباع ، ورأى
قوم أن الغرماء يخبرون بين بيعة وبين أن يسعى فيما بقى عليه من الدين وبه قال
شريح ، وقالت طائفة بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالدين لم يروا بيع رقبته
قالوا إنما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر والدين رأوا بيعه شبهوا ذلك
بالجنایات التى يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم
شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه به فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه
في هذه المسئلة . ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باى يبدأ هل بدين العبد
ثم بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الدين داينوا العبد إنما فعلوا ذلك
لما رأوا عند العبد من المال والدين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن
رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو في الحقيقة للمولى به فسبب الخلاف تردد
مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الاجنبى أو حكم مال السيد . وأما قدر
ما يترك للمفلس من ماله فقل في المذهب يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار
الايام وقال في الواضحة والعنينة الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك
في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بموض مقبوض وهو الانتفاع بها أو بغير
عوض وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لا يترك
الا ما يواريه وبه قال ابن كنانة . واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا
مبنى على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الديون التى يحاص
بها من الديون التى لا يحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين
أحدهما أن تكون واجبة عن عوض والثانى ان تكون واجبة عن غير عوض فاما الواجبة
عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض فاما ما كانت
عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا او اوارش جنایة فلا خلاف في المذهب ان محاصة
الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام
أحدها ان لا يمكن دفع الموض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة . والثانى ان لا يمكنه
دفع الموض ولكن يمكن دفع ما يستوفى فيه مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد أو يكون

العرف فيه النقد ففلس المسكترى قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع السكراء * والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال والرابع أن يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليها البائع * والخامس أن لا يكون إليه تعجيل دفع العوض مثل أن يسلم الرجل إلى الرجل ديناً في عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محالة في ذلك إلا في مهر الزوجات إذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفي منه مثل المسكترى ففلس قبل دفع الكراء ففلس المسكترى الخاصة بجميع الثمن واسلام الدار للفرماء وقيل ليس له إلا الخاصة بما سكن وبأخذ داره وإن كان لم يسكن فليس له إلا أخذ داره وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو إذا كان العوض عينا فقيل يحاص به الفرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين الخاصة والامساك وذلك هو إذا كان العوض عينا وأما إذا لم يكن إليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فإن رضى المسلم إليه أن يعجل العوض ويحاص الفرماء برأس مال السلم فذلك جائز إن رضى بذلك الفرماء فإن أبى ذلك أحد الفرماء حاص الفرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للفرم من مال وفي العروض التي عليه إذا حلت لأنها من مال المفلس وإن شاء أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كانت ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فإن ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محالة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الآباء والأبناء ففيها قولان . أحدهما: أن الخاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثاني أنها تجب بها إذا لزم بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الفرم من جنس ديون الفرماء وسواء كان مال الفرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة إذ كان لا يقتضى في الديون إلا ما هو من جنس الدين إلا أن ينفقوا من ذلك على شيء يجوز . واختلفوا من هذا الباب في فرع طارىء وهو إذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الفرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الفرماء إذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج إلى بيعه فضماته من الفرم لأنه إنما يباع على ملكه وما لا يحتاج إلى بيعه فضماته من الفرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله عن مالك.

وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة في الموت من الغرماء وفي الفلس من المفلس
فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يفي بديونه . وأما المفلس
الذي لا مال له أصلاً فإن فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير في إسقاط الدين
الى وقت ميسرته الا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به
أحمد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه
يجبس حتى يتبين صدقه أو يقور بذلك صاحب الدين فإذا كان ذلك خلى سيّله وحكى
عن أبي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وإنما صار الكل الى القول بالحبس
في الديون وان كان لم يأت في ذلك أثر صحيح لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس
حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضى المصلحة وهو
الذي يسمى بالقياس المرسل وقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في
تهمة خرجه فيما أحسب أبو داود . والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبد
والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى أن الزوج حقاً في المال وخالفه في ذلك
الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « والصلح خير » وما روى عن النبي عليه السلام
صرفوعاً وهو وقوفاً على صراط امضاء الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو
حرم حلالاً واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا في جوازه على الانكار
فقال مالك وأبو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعي لا يجوز على الانكار لانه
من أكل المسال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة
واندفاع اليمين عنه ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الذي يقع على الاقرار
يراعى في صحته ما يراعى في البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد
الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصلحه
عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربة

والغزو . وأما الصلح على الإنكار فالشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع مثل أن يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لأن المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له . وأما الدافع فيقول هي هبة منى وأما أن ارتفع المكروه من الطرفين مثل أن يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله إلى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فخافة أن يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد ألظر صاحبه لانظار الآخر إياه فيدخله أسلفى وأسلفك وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو تبرع منى وما كان يجب على شيء وهذا النحو من البيوع قيل أنه يجوز إذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ إذا وقع عليه أثر عقده فإن طال مضى فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق . و صلح يفسخ باختلاف . و صلح لا يفسخ باتفاق إن طال وإن لم يطال فيه اختلاف

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الكفالة)

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها ولها أسماء كفالة وحالة وضمانة وزعامة فاما انواعها فتوابعان حالة بالنفس وحالة بالمال أما الحالة بالمال فتأبنة بالسنة وجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكى عن قوم انها ليس لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار تأليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام : الزعيم قارم . وأما الحالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جواز وقوعها شرطا إذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعى في الجديد انها لا تجوز وبه قال داود وحجتهم قوله تعالى (معاذ الله ان نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في

الحدود وحجة من أجازها عموم قوله عليه السلام : الزعيم غارم ومتهلفوا بان في ذلك مصلحة
وانه مروي عن الصدر الاول . وأما الحكم اللازم عنها جمهور القائلين بحمالة النفس متفقون
على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكى عن بعضهم لزوم ذلك ،
وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضراً أو غائباً فقال ان مات حاضراً لم يلزم الكفيل
شيء وان مات غائباً نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحمل فيها
احضاره في الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة ففرض غرم
والا لم يغرم . واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحمل بالوجه على ثلاثة أقوال ،
القول الاول انه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة ،
والقول الثاني انه يحبس الحمل الى ان ياتي به او يعلم موته وهو قول ابي حنيفة واهل
العراق ، والقول الثالث انه ليس عليه الا ان ياتي به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا
يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه
على الحمل وانكر الحمل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحمل الا اذا كان
المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن
سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل بالوجه
غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس
ان رجلاً سأل غريمه ان يؤدي اليه ماله او يعطيه حميلاً فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي
عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادبى المال اليه قالوا فهذا غرم
في الحمالة المطلقة ، واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضاره ما تحمل به وهو النفس
فليس يجب ان يمدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام : المؤمن
عند شروطهم فانما عليه ان يحضره أو يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه
ان يحضر المال أو يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه
انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له بما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما
اذا علم ان احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه
احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو أخرى ان يكون مغروراً من أن
يكون غاراً فانما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان
المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما أحسب لانه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط
فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على انه اذا
عدم المضمون أو غاب ان الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما
مومر فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثوري والاوزاعي واحمد واسحق للطالب

ان يأخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في أحد قوليه ليس له ان يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال أبو ثور الحمال والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل ما لزمه وروى المضمون ولا يجوز ان يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً غنياً أو عديماً حديث قبيصة ابن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال يخرجها عنك من إبل الصدقة يا قبيصة ان المسئلة لا تحمل الا في ثلاث وذكر رجلاً تحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه السلام : الزعيم غارم اعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي مادون النصاب أو من غير ذلك وروى عن أبي حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي اعنى كفالة النفس . وأما وقت وجوب الكفالة بالمال اعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار أو أما بيينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل يلزم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك وإلى كم من المدة يلزم فقال قوم ان انى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والالم يلزمه الكفيل الا أن يذكر بيينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلاً من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لا يؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا أن يدعى بيينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم الا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان انى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلاً حتى يثبت دعواه او تبطل وقد انكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعى البيينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل على أحد إلا بيينة وذلك الى بيان صدق دعواه أو بطلانها وبسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى

باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى اليئسة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر فصحبهم رجلاً غباتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد : الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بما ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأحد الرجلين استغفر لي فقال غفر الله لك قال وأنت فغفر الله لك وقتلك في سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض العلماء على أن ذلك كان من رسول الله حبساً قال ولا يعجني ذلك لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وإنما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب إذا كانت هنالك شبهة لمكان صحتهما لهم فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم في ضمان البيت إذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فأجازهم مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز واستدل أبو حنيفة من قبل أن الضمان لا يتعلق بمندوم قطعاً وليس كذلك المفلس واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الإسلام لا يصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند أبي حنيفة . وأما شروط الكفالة قال أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه ومالك لا يشترط ذلك ولا يجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما ما تجوز فيه الحماله بالمال بما لا تجوز فإنها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة إلا الكفاية وما لا يجوز فيه التأخير وما يستحق شيئاً فشيئاً مثل النفقات على الأزواج وما شاكلها .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستتاة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام : مظل الغنى ظلم وإذا أحيى أحدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر

رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاها معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من الحيل لم يعتبر رضاه معه كالأعتبره مع الحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحداً وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: وإذا أحيل أحدكم على ملى فليتبع والامر على الوجوب وبقي المحال عليه على الاصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانساً لما على الحيل قدراً ووصفاً إلا ان منهم من أجازها في الذهب والدرهم فقط ومنهم في الطعام والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالاً . وأما ان كان أحدهما من سلم فلم فانه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين المحال به حالاً ولم يفرق بين ذلك الشافعي لانه كالبيع في ضمان المستقرض وإنما رخص مالك في القرض لانه يجوز عنده بيع القرض قبل ان يستوفي . وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدرهم وجعلها خارجة عن الاصول كخروج الحوالة بالدرهم والمسئلة مبلية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه والحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها ان يكون دين المحال حالاً لانه ان لم يكن حالاً كان ديناً بدين ، والثاني ان يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة لانه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعاً ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع وإذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين ، والشروط الثالث ان لا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم وإذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل أو حل أحدهما ولم يحل الآخر لانه يدخله بيع الطعام قبل ان يستوفي كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت ويتنزل المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته في الدين الذي أحاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره اعنى انه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحاله مع الذي أحاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام من قرض

لم يجوز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم تزل منزلة المحيل في انه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض تزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله أعنى انه كما انه ما كان يجوز له ان يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لا يجوز ان يبيع الطعام الذي أحيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما أحكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الجمالة في انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشيء قال مالك وأصحابه الا ان يكون المحيل غره فأحاله على عديم وقال أبو حنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلساً أو جحد الحوالة . وان لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة * وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة المحمالة .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيها ثلاثة أبواب ، الباب الاول في أركانها وهي انظر فيما فيه التوكيل وفي الموكل والموكل ، والثاني في أحكام الوكالة ، والثالث في مخالفة الموكل للتوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الركن الاول في الموكل ﴾

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المسالكة لامور انفسهم . واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا أن تكون برزة فمن رأى أن الاصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا مادعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى أن

الأصل هو الجواز قال الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

(الركن الثاني في الوكيل)

وشروط الوكيل أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عندما لك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة أي بأن توكل هي من يلى عقد النكاح ويجوز عندما لك بالواسطة الذكر .

(الركن الثالث فيما فيه التوكيل)

وشروط محل التوكيل أن يكون قابلاً للنسابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساقاة والتكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المسالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الإقرار والإنكار وقال الشافعي في أحد قولي لا تجوز على الإقرار وشبه ذلك بالشهادة والإيمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقود عند مالك وعند الشافعي مع الحضور قولان والذين قالوا أن الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الإقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن .

(الركن الرابع)

وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد وهي ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يسمى فيه شيء دون شيء وذلك أنه إن سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعي لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غرر وإنما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه وهو الأقبس إذا كان الأصل فيها المنع إلا ما وقع عليه الإجماع .

(الباب الثاني في الأحكام)

وأما الأحكام . فمنها أحكام العقد . ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يسترط في ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا إلا أن تكون وكالة في خصومة

وقال اصبح له ذلك مالم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن ينزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن ينزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحام حضوره عند مالك وقال الشافعي من شرطه. واختلف أصحاب مالك هل تنسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فإذا قلنا تنسخ بالموت كما تنسخ بالعزل فتى يكون الوكيل معزولاً والوكالة منسوخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال . أنها تنسخ في حق الجميع بالموت والعزل . والثاني أنها تنسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنسخ في حقه . والثالث أنها تنسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وإن لم يعلم هو ولا تنسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله إذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئاً بعد العلم بمنزله ضمنه لأنه دفع الى من يعلم أنه ليس بوكيل . وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . أحدها إذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك عند مالك الأب والوصي ومنها إذا وكاه في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع إلا بضمن مثله نقداً بنقد البلد ولا يجوز أن باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الأمر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز إذا وكله في شراء عبد بعينه أن يشتريه إلا بضمن المثل نقداً ويشبه أن يكون أبو حنيفة إنما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها في ذلك كله كذلك حكم الوكيل إذا قد أثر له منزله وقول الجمهور أبين وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه يعتدى وإذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال أبو حنيفة الى الوكيل أولاً ثم الى الموكل وإذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل .

(الباب الثالث)

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل فقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى إذا أمره بضمن محدود وقد يكون في الثمن وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدي فإذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل إن كان . لم يقبضه بينة فإن كان المال قد

قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفوع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه بيينة برىء ولم يلزم الوكيل شيء . . وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالحول قول الوكيل . . وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالحول قول المشتري وان قاتت فالحول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان قاتت بالقيمة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء . . وأما اذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الأمر . . وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور أن القول قول الموكل وقد قيل ن القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب اللقطة ﴾

والنظر في اللقطة في جملتين ، الجملة الاولى في أركانها ، والثانية في أحكامها

• (الجملة الاولى) •

والاركان ثلاثة ، الالتقاط ، والمتنظ . واللقطة فاما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم ان يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي ، وقال مالك وجماة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لامرين ، أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال : ضالة المؤمن حرق النار وما يخاف أيضا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث

وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل أن هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وإن كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالأفضل أن لا يلتقطها وإن كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ما عدا لقطة الحاج فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لئيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضاً لا يجوز التقاطها إلا للمشهد لورود النص في ذلك والمروى في ذلك لفظان ، أحدهما أنه لا ترفع لقطتها إلا للمشهد ، الثاني لا يرفع لقطتها إلا للمشهد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع إلا لمن يملكها والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا من يملكها . ليعرف الناس وقال مالك يعرف حالتان اللقطنان أبداً فاما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والأصح جواز ذلك في دار الإسلام قال وفي أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال لمسلم معرض لمضياع كان ذلك في عامر الأرض أو غامرها والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الأبل باتفاق والاصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني وهو متفق على صحته أنه قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال أعرف عفاصها ووكاهها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها والافشأنك بها قال فضالة الغنم يا رسول الله قال هي مك أو لاختك أو للذئب قال فضالة الأبل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يلتقط بمعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبما إذا يستحقها مدعيها . فاما الأبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كالأبل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف .

الجملة الثانية

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور إذا انتقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيراً أو يتصدق بها إن كان غنياً فإن جاء صاحبها كان مخيراً بين أن

يجوز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمه إياها واختلفوا في الغنى هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول . فقال مالك والشافعي له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له إلا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين وقال الأوزاعي إن كان مالا كثيراً جعله في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعي عن عمرو ابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضمنها لصاحبها إلا أهل الظاهر واستدل مالك والشافعي بقوله عليه السلام: فشأنك بها ولم يفرق بين غنى وفقير ومن الحجة لهذا ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجده ثم أتيت ثلاثاً فقال احفظ وطأها ووكأها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها وبخرج الترمذي وأبو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع وهو أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الأصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشأنك بها . قال لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى منه قال تحل له بعد العام . وهي مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عينا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاه فأنفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف المقاص ولا الوكأ واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك إلى بينة أم لا . فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج إلى بينة . وقال أبو حنيفة والشافعي لا يستحق إلا بينة . وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الأصل قال لا بد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج إلى بينة وإنما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة لأن قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكأها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها يحتمل أن يكون إنما أمره بمعرفة المقاص والوكأ لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالمقاص والوكأ فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل فإن الأصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلا أن تصح الزيادة التي تذكرها بعد وعند مالك وإصحابه إن على صاحب اللقطة أن يصف مع المقاص والوكأ صفة الدناير وعند قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكأها وعددها فادفعها إليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد إذا عرف المقاص والوكأ وكذلك إن زاد فيه واختلفوا إن نقص من العدد على قوانين وكذلك اختلفوا

إذا جهل الصفة وجاء بالمفاس وأما إذا غلط فيها فلا شيء له وأما إذا عرف إحدى
العلامتين اللتين وقع النص عليها وجهل الأخرى فقليل أنه لا شيء له إلا
بمعرفة كليهما جميعاً وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء وقيل إن ادعى الجهالة استبرأ وإن
غلط لم تدفع إليه واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه يمين أو بغير
يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال أشهب بيمين . وأما ضالة الغنم فإن العلماء اتفقوا
على أن لو وجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران إن يأكلها لقوله عليه
السلام في الشاة : هي لك أو لاختك أولادك وأختك وأختك وأختك هل يضمن قيمتها لصاحبها
أم لا فقال جمهور العلماء أنه يضمن قيمتها . وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه أنه لا
يضمن . وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة إلا أن مالكا
هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ولم يجز كذلك في التصرف فيما وجب تعريفه
بعد العام لقوة اللفظ هنا وعنه رواية أخرى أنه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى إذا
خشى عليه التلف إن تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة
أقسام . قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه كالعين والعروض .
وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن تركه كالشاة في القفر والطعام
الذي يسرع إليه الفساد . وقسم لا يخشى عليه التلف . فاما القسم الأول وهو ما يبقى في
يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإنه ينقسم ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون يسيراً لا بال
ولا قدر لقيمه ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده
والأصل في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمر في الطريق فقال
لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها ولم يذكر فيها تعريفاً وهذا مثل العصا والسوط وإن
كان أشهب قد استحسّن تعريف ذلك ، والثاني أن يكون يسيراً إلا أن له قدراً ومنفعة
فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه واختلفوا في قدر ما يعرف فقل سنة وقيل أبداً
وأما الثالث فهو أن يكون كثيراً أوله قدر فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولاً .
وأما القسم الثاني وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فإن هذا يأكله كان
غنياً أو فقيراً وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الأشهر أن لا ضمان . واختلفوا إن وجد ما
يسرع إليه الفساد في الحاضرة فقل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن
يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . وأما القسم الثالث فهو كالابل أعني أن الاختيار
عنده فيه التارك للنص الوارد في ذلك فإن أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل في
المذهب هو غلام في جميع الأزمنة وقيل أنما هو في زمان العدل وأن الأفضل في زمان غير العدل
التقاطها . وأما ضمانها في الذي تعرف فيه فإن العلماء اتفقوا على من التقطها وأشهد على

التقاطها فهلك عندئذ أنه غير ضامن. واختلفوا إذا لم يشهد فقال مالك والشافعي وأبو يوسف
ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه إن لم يضيع وإن لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر يضمنها إن
هلك ولم يشهد استدلال مالك والشافعي بأن اللقطة ودیعة فلا ينقلها ترك الأشهاد من الأمانة
إلى الضمان قالوا وهي ودیعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال إن جاء صاحبها
والأفلتكن ودیعة عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن
عياض بن جاز قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من التقط لقطة فلبس بهد
خوى عدل عليها ولا يكتسب ولا يفتن فإن جاء صاحبها فهو أحق بها وإلا فهو مال
الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب في ذلك أن واجد اللقطة عند مالك لا يخلو
التقاطه لها من ثلاثة أوجه . أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيا لها ، والثاني
أن يأخذها على جهة الالتقاط . والثالث أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على
جهة الاغتيا ل فان أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها
فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم بضمن وقال أشهب لا يضمن إذا ردها في موضعها
فإن ردها في غير موضعها ضمن كالودیعة والقول قوله في تلفها دون يمين إلا أن يتم . وأما إذا
قبضها مفتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه إلا من قبله . وأما الوجه
الثالث فهو مثل أن يجد ثوبا فياخذهُ وهو يظنه لقوم بين يديه ليستلم عنه فهذا إن لم
يعرفه ولا أدعوه كان له أن يردّه حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك
وتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك أنها في
رقبه أما أن يسلمه سيده فيها . وأما أن يفديه بقيمتها هذا إذا كان استهلا كما قبل الحول
فإن استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن في رقبته وقال الشافعي إن علم بذلك
السيد فهو الضامن وإن لم يعلم بها للسيد كانت في رقة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط
بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا
يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما أنفق إلا أن تكون
النفقة على اذن الحاكم وهذه المسئلة هي من أحكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب
غرضنا في هذا الباب.

﴿ باب في اللقيط ﴾

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه وقال الشافعي كل
شيء ضائع لا كافر له فالتقاطه من فروض الكفايات وفي وجوب الأشهاد عليه
خفية الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف في الأشهاد على

قطة واللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وان كان مميزا فيه في مذهب الشافعي تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمسكاتب بملتقط الكافر ملتقط الكافر دون المسلم لانه لا ولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع ون يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه وان انفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعي بحكم من أسلم منهما وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الا ان يثبت في ذلك أثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : نزلت المرأة ثلاثة لقيطها وغنيها وولدها الذي لا غنى عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوديعة ﴾

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة فمنها أنهم اتفقوا على أنها امانة لامضمانة الا ما حكى عن عمر بن الخطاب قال لما لكون والدليل على انها امانة أن الله امر بردها لامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه ورد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه بيينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه بيينة فكانه أثمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه بيينة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد وبعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى السيد التي دفعها اليه . وأما من دفعها الى غير السيد التي دفعها اليه فعليه ما على ولي اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن يريد قول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) فان أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا

بيينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك أمر صاحب
الوديعة بدفعها الى الذي دفعها أو لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من أمره
بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة أعنى اذا كان غير المودع
واعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع أو الى ذمة فان
كان القابض امينا فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض
وتكون المصيبة من الأمر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا بالاقامة البينة
على الدفع أو يأتي القابض بالمسال . وأما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل للذي
عنده الوديعة ادفعها الى سلفا أو تسلفا في سلمة وأما شبه ذلك فان كانت الذمة قائمة
بريء الدافع في المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان في السبب في
هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه
فمن شبه امانة الذي أمره المودع ان يدفعها اليه أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال
يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الأمانة
اضعف قال لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة
الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الأمر وهو مذهب أبي
حنيفة ومن رأى أنه اضعف منه قال والدافع ضامن الا ان يحضر القابض المال واذا أودعها
بشرط الضمان فالجمهور على انه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجمله فالفقهاء يرون باجمهم
انه لا ضمان على صاحب الوديعة الا ان يتدى ويختلفون في اشياء هل هي تعد أم ليس
بتعد فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا اتفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقه ثم ردها
فقال مالك يسقط عنه الضمان بحاله اذ اردتها وقال ابو حنيفة ان ردها بيمينها قبل ان ينفقه
لم يضمن وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين جميعا فمن غلظ
الأمر ضمنه إياها بتحريرها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم
في السفر بها فقال مالك ليس له أن يسافر بها الا أن تعطى له في سفر وقال ابو حنيفة
له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمنا ولم ينه صاحب الوديعة ومنها أنه ليس للمودع
عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال ابو حنيفة ان أودعها عند
من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبهه بأهل بيته وعند مالك ان يستودع ما أودع عند عياله
الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو أمة أو من أشبههم وبالجمله فعند الجميع
انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت به عادة الناس ان تحفظ أموالهم فما كان بينا من
ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب
فيمن جعل وديعة في حبيبه فذهبت والاشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من أودع

وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لاضمان عليه ويختلف في المذهب في ضمانها باللسيان مثل ان يلساها في موضع أو ينسى من دفعها اليه ويدعيها رجلان فقبل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهم واذا أراد السفر فله عند مالك ان يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم أو لم يقدر واختلف في ذلك أصحاب الشافعي فمنهم من يقول ان أودعها لغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لا يجب في حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما يحتاج اليه من مسكن أو نفقة فعل ربها . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فيمن أودع مالا فتعدى فيه وتجربه فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصبا للمال فضلا عن ان يكون مشودعا عنده ، وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدي الاصل ويتصدق بالربح ، وقال قوم الرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصديق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابيه عبد الله وعبيد الله ان يصرفا المال الذي اسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت المال فنجرا فيه فربحا قيل له لو جعلته قراضا قاجاب الى ذلك لانه قد روى انه قد حصل للمامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب العارية ﴾

والنظر في العارية في أركانها واحكامها وأركانها خمسة . الاعارة . والمعير . والمستعير . والمعار . والصيغة . أما الاعارة فهي فعل خير ومندوب اليه قد شذ فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود انهما قالوا في قوله تعالى ويمنعون الماعون ، انه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفاس والدلو والحبل والقدر وما أشبه ذلك . وأما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية أما لرقبتها وأما لمنفعتها والاظهر أنها لا تنصح من المستعير أعني أن يعيرها . وأما العارية فتكون في النور

والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعة مباحة الاستعمال ولأنك لا يجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الإعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة أي للمعير ان يسترد عاريتة اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة ما لزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة ما رى الناس انه مدة لمثل تلك العارية بسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة . وأما الاحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فمنهم من قال أنها مضمونة وإن قامت البيئة على تلفها وهو قول أشهب والشافعي وأحد قولي مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلاً وهو قول أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بيئة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البيئة على تلفه وهو مذهب مالك للشهور وابن القاسم والمكشر أصحابه بسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤادة وفي بعضها بل عارية مؤادة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية لزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه الا أن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض . وانفقوا في الاجارة على انها غير مضمونة أعنى الشافعي وأبا حنيفة ومالك ويلزم الشافعي اذا سلم أنه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى ان لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويجوز على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير ونبت ثم انقضت المدة التي استعار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء أخذ

المستعير بقلع غراسه وبنائه وان شاء اعطاء قيمته مقلوعا اذا كان مما له قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انتضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة . وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبة بالقلع بل يحير المعير بان يقيه باجر يعطيه أو ينقض بارش أو بتمليك يبدل فايهما اراد المعير أجبر عليه المستعير فان أبى كلف تفريغ الملك وفي جواز بيعه للنقص عند خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعي ان أخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف يتنزل منزلة الشروط وعند مالك أنه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجمل في كل ما يكتسب به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها معرضين والله لاردين بها بين اكتافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خليجا من العريض فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك أنت تمنعني وهو لك منفعة نسق منه أولا وآخرا ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة فامر به أن يخلي سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع أخاك منا ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامر به عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فتقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عدل الشافعي مالكا لادخاله هذه الاحاديث في موطئه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : لا يدخل مالك امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث أبي هريرة وعند مالك انها محمولة على النذب وانه اذا أمكن أن تكون مخصصة وان تكون على التسدب فحملها على النذب أولى لان بناء العام على الخاص إنما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبيغ عن ابن القاسم انه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع وذلك

انه رأى ان تحويل الربيع أيسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان ، الاول فى الضمان وفيه ثلاثة أركان ، الاول الموجب للضمان ،
والثانى ما فيه الضمان والثالث الواجب ، وأما الباب الثانى فهو فى الطوارئ ، على المغصوب

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾

وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أو لاذلافه وأما المباشرة بسبب
المنلف وأما اثبات اليد عليه ، واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرة الضمان اذا تناول
الثانف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثال ان يفتح ثوبه فيه طائر فيطير
بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال
وفرق الشافعى بين ان يهجه على الطيران أو لا يهجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم
يهجه ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيه شيء فهلك فالك والشافعى يقولان ان حفره
بحيث ان يكون حفره تودبا ضمن مانلف فيه والالم يضمن ويهجه على اصل أبى
حنيفة انه لا يضمن مسألة الطائر وهل يشترط فى المباشرة العمود أو لا يشترط فالاشهر
أن الاموال تضمن عمداً وخطأ وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب
وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً فالملوم عن الشافعى انه يشترط ان يكون مختاراً
ولذلك رأى على المكروه الضمان أعنى المكروه على الانلاف .

(الركن الثانى)

وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلّف عينه أو تلّف عند الغائب عينه بامن

عن السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور إنها تضمن بالنصب أعني أنها أن أنهمت المأر ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة لا يضمن به وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لا ضمان .

* (الركن الثالث) *

وهو الواجب في النصب والواجب على الغاصب أن كان المسال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرد به بعينه وهذا لا خلاف فيه فإذا ذهب عينه فأنهم اتفقوا على أنه إذا كان مكبلا أو موزونا أن على الغاصب المثل أعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك لا يقضى في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا يلزم القيمة إلا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم : من اعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى « فجزاء مثل ما قتل من النعم » ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدي عليه ومن الحاجة لحم ما خرج به أبو داود من حديث أنس وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم أحدهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت أمكم كلوا كلوا حتى جاءت قصتها التي في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصة حتى فرغوا فدفن الصخرة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الأناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال إياه مثل إناه وطعام مثل طعام .

(الباب الثاني في الطوارئ)

والطوارئ على المنصوب إما زيادة وإما بنقصان وهذان إما من قبل المخلوق وإما من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه ليس له إلا أن يأخذه ناقصاً ويضمنه قيمته يوم النصب وقيل إن له أن يأخذ ويضمن الغاصب قيمة

العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير في المذهب بين ان يضمه القيمة يوم الغصب او يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون مانقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمه القيمة او يأخذه ناقصا ولا نتيء له في الجناية كالذي يصاب بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء او نقصان كانه حدث في ملك صحيح فوجب له الفسلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئا سواء كان من سببه او من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملية فقياس قول من يضمه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل اوان كانت يده عليه أخذه بارتفاع القيم واوجب عليه رد الفسلة وضمان النقصان سواء كان من فعله او من عند الله وهو قول الشافعي او قياس قوله ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب وبين الجناية التي تكون بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هونكة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . واما ان كان الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضم الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنائيات فهذا حكم الجنائيات على العين في يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن ينصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيراً من المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحا ويقوم بالجناية فيبطل ما بين القيمتين . وأما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ان شاء أسلمه للجاني واخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعي وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية . وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيهه ائتلاف أكثر المنفعة بائتلاف العين . وأما النماء فانه على قسمين ، أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثاني ان يكون مما أحدثه الغاصب . فاما الاول فانه ليس بفوت . وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين أحدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبي في الثوب والنقش في البناء وما اشبه ذلك ، والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والسج وطحن الحنطة والحشبة يعمل منها ثوابيت فاما الوجه الاول وهو أن يجعل

فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين ، احدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة ينيها وما أشبه ذلك ، والثاني أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يלתه فاما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقص أو غيره وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقص مقلوعا بعد حط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وإنما يستأجر عليه وقيل أنه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا ان كانت له قيمة . واما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء لان من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته يان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثاني فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمه قيمة الثوب يوم غصبه إلا في السويق الذي يלתه في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له . وأما الوجه الثاني من التقسيم الاول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل فان ذلك أيضاً ينقسم قسمين . أحدهما أن يكون ذلك يسيراً لا يلتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الحياطة في الثوب أو الرفولة ، والثاني أن يكون العمل كثيراً يلتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتاً والقمح يطحنه والفزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً أو دراهم . فاما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولاً ، وأما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله في ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشبه يحمل ذلك كله للمغصوب اصله مسألة البليان فيقول انه لاحق للغاصب فيما لا يقدر على اخذه من الصبغ والرفو والنسيج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ نفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ابي رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان ابي الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب القطة وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان بوجه شبه جلية وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول انه يؤمر الغاصب بقطع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عيناً الا أن يخرج محتج بقوله عليه الصلاة

والسلام. ليس العرق ظالم حق لكن هذا مجمل ومفهومة الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعني ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب في عين المغصوب تغير أو لم يتغير. وأما حكم غلته فاختلف في ذلك في المذهب على قولين : أحدهما ان حكم الغلة حكم الشيء المغصوب ، والثاني ان حكمها بخلاف الشيء المغصوب فن ذهب الى أن حكمها حكم الشيء المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى ان الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لقيمة الشيء المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت بينة أنه لاضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم الى ثلاثة أقسام . أحدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد . وغلة متولدة عن الشيء لأعلى صورته وهو مثل الثمر وابن الماشية وجبنها وصوفها . وغلل غير متولدة بل هي منافع وهي الاكرية والحراجات وما اشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يردده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وإنما اختلفوا في ذلك اذا ماتت الام فقال هو مخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعي بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولدا على غير خلقته الاصل وصورته ففيه قولان . أحدهما أن الغاصب بذلك المتولد . والثاني انه يلزمه رده مع الشيء المغصوب ان كان قائما أو قيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين ان يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين ان يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة . وأما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة وقوال . أحدها أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل ، والثاني أنه يلزمه رده من غير تفصيل ايضاً ، والثالث انه يلزمه الرد إن اكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع أو عطل . والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل ، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعني انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها وأما ما اغتل منها بتصرفها وتحويل عينها كالذناير فيغتصبها فينجزها فيربح فالغلة له قولاً واحداً في المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل . وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو اكرى كان مما يزال به أو بما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها أو احمل عليها فلا كراه

عليه في ركوبه إياها ولا في حمله لانه ضامن لها ان تلفت في تعديده وهذا قوله في
كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى انه قد ضمنه بالتعدي وصار في ذمته جازت له المنفعة
كما تقول المالكية فيما تجربته من المال المنصوب وان كان الفرق بينهما ان الذي تجر
به تحولت عنه وهذا لم يتحول عنه به وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة اولا يردّها
اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الحراج بالضمان وقوله عليه الصلاة
والسلام : ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على
سبب وهو في غلام قيم فيه بسبب فأراد الذي صرف عليه ان يرد المشتري غلته واذا خرج
العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلافه بين فقهاء الامصار
مشهور فمن قصر هنا هذا الحكم على سببه قال إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما
صار الى الانسان بشبهة مثل ان يشتري شيئاً فيستغله فيستحق منه : وأما ما صار
اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث
في الاصل والغلة أغنى عموم هذا الحديث وخصص الثاني . وأما من عكس الامر فعمم
قوله عليه الصلاة والسلام : الحراج بالضمان على أكثر من السبب الذي خرج عليه وخصص
قوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق فان جعل ذلك في الرقبة دون الغلة
قال لا يرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجري المنافع والاعيان
المتولدة بحري واحد وان يعتبر التضمين اولا يعتبر وأما سائر الاقوال التي بين
هذين فهي استحسان . وأجمع العلماء على ان من اغترس نخلاً أو ثمراً وبالجملّة نباتاً في
غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق والعرق
الظالم عندهم هو ما اغترس الى أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة
ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب
النخل أن يخرج نخله منها قال فلقه وأيتها وانها لتضرب أصواها بالفيؤوس
وانها لنخل عم حتى أخرجت منها الا ما روى في المشهور عن مالك ان من زرع
زرعاً في أرض غيره وفات أو انت زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه
وكان على الزارع كراء الأرض وقد روى عنه ما يشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله
ان كل ما لا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا
للزارع وفرق قوم بين الزرع ولشمار فقالوا الزارع في أرض غيره له نفقته وزرعته
وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج انه

قال عليه الصلاة والسلام : من زرع في أرض قوم بغير أذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء . واحتلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال ، أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته ، والثاني أن لاضمان عليه والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار ، والرابع وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت . وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث إلا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضي الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيثان . أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرت إذ نفشت فيه غنم القوم) والنفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاجتهاد على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا ، والثاني مرسله عن ابن شهاب أن ناقة لبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها أي مضمون وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : العجماء جرحها جبار وقال الطحاوي وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوفة . فاما إذا لم يرسلها محفوفة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح . وأما إذا كانت في أرض مزروعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الاصول له وذلك أنه تعد من المرسل والاصول على أن على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لا يملك ففسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الاصل للسمع ومعارضة السماع بمضه لبعض أغنى ان الاصل يعارض جرح العجماء جبار ويعارض أيضاً التفرقة التي في حديث البراء وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح العجماء جبار . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فامرء بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياساً على التعدى في الاموال والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا اذا قال صاحب قولاً ولا يخالف له من الصحابة وقوله مع هذا يخالف لقياس وجب العمل به لانه يعلم أنه إنما صار الى القول به من جهة التوقيف

خسب الخلاف اذا معارضة القياس لقول صاحب . ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل
الصؤول وما أشبه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال
مالك والشافعي لا غرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري
يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فاراد
قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدي أنه ليس عليه قودوا اذا
كان ذلك في النفس كان في المال أخرى لان النفس أعظم حرمة من المال وقياسا
أيضا على إهدار دم الصيد الحرمي اذا صال وبه تمسك حذاق أصحاب الشافعي وعمدة
أبي حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها أصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة
للبعير من جهة ما هو ذونفس . ومن هذا الباب اختلافهم في المكرهه على الزنا هل على
مكرهها مع الحد صدق أم لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعا
وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحد ولا صدق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة
مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمي فلم يسقط أحدهما الا آخر أصله
السرقه التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع . وأما من لم يوجب الصداق فتعلق
في ذلك بمعنيين ، أحدهما أنه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق
لحق الله وهذا على رأى الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى
الثاني أن الصداق ليس مقابل البضع وإنما هو عبادة اذا كان النكاح شرعيا واذا كان
ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع . ومن مسائلهم
المشهورة في هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائما
أضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعي يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المنصوب
منه اسطوانته وقال أبو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المنصوب
يصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعي لا يفوت المنصوب بشيء من الزيادة وهنا
ينقضى هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الاستحقاق)

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب .
ان الشيء المستحق من يد انسان بما ثبت به الاشياء في الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك اللسان الذي استحق من يده الشيء المستحق بشرائه أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ثم اذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده زيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بضمن أو مضمون فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عندهما لك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع . واما ان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بضمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بضمن وان كان اشتراه بالمضمون رجع بالمضمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمة يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضي البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق . والمستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق فان تغير الشيء المستحق فلا يخلو ان يتغير بزيادة أو نقصان فاما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو ان يتغير بزيادة من قبل الذي استحق من يده الشيء . أو بزيادة من ذات الشيء . فاما الزيادة من ذات الشيء فيأخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية أو يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشتري الدار فيبنى فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجهها على أنها حرة فتخرج أمة فاتهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد . واختلفوا في أخذ قيمتهم . وأما الام فقيل يأخذها بعينها وقيل يأخذ قيمتها . وأما ان كان الولد بنكاح فاستحققت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا

الزمناء قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه وأعني بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلك عند . وأما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثاً فيطراً عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فانه يرد الغلة . وأما ان كان غير ضامن الا انه ادعى في ذلك ثمناً مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان انه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع . وأما من أى وقت تصح الغلة للمستحق فقولنا يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق في احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولاً فيها ثمر فادرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقولنا انها للمستحق مالم تقطف وقيل مالم تيبس وقيل مالم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا ان كان اشترى الاصول قبل الابار . وأما ان كان اشترى بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقى والعلاج وقال أشهب هي للمستحق مالم تجذ والارض اذا استحققت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في إبان زريعة الارض . وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه . وأما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما ان كان أخذ له ثمناً مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمان ماباع من النقض قال القاضى ولم أجد في هذا الباب خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يجيء على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته او هم الذين يرون في جميع المتلفات المثل وكذلك يجيء على أصول الغير أن يرجع على المشتري اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الهبات ﴾

والنظر في الهبة في اركانها . وفي شروطها . وفي أنواعها . وفي أحكامها . ونجس فانما

نذكر من هذه الاجناس ما فيها من المسائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهي ثلاثة الواهب . والموهوب له . والهبة . أما الواهب فاتهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس . اما المريض فقال الجمهور انها في ثلثه تشبها بالوصية أعني الهبة التسامة بشروطها وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام : في الذي أعتق ستة أعبد عند موته فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقي وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الاجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض الا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والأمراض التي يحجر فيها عند الجمهور هي الأمراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه خلاف . وأما الأمراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان هبته غير ماضية . وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه وانفقوا على أن للإنسان ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلفوا في تفضيل الرجل بمض ولده على بعض في الهبة أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن أن يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو متفق على صحته وان كان قد اختلف في الفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيرا أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلته ابني هذا غلاما كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فارتجمه . واتفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضي بطلان الهبة وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام : هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان يهب في صحته جميع ماله للاجانب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبي فهو للولد أخرى واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور انه كان نحل عائشة جذاذ عشرين ومقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب الى

غنى بعدى منك ولا اعز على فقرأ بعدى منك واننى كنت نحلثك جذاذ عشرين وسفا
فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك وانما هو اليوم مآ وارث قالوا وذلك الحديث
المراد به النذب والدليل وعلى ذلك أن فى بعض رواياته ألسنت تريد ان يكونوا لك فى
البر والاطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى . واما مالك فإنه رأى أن النهى
عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل على الوجوب
فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله
فسبب الخلاف فى هذه المسئلة معارضة القياس لفظ النهى الوارد وذلك أن النهى يقتضى
عند الا كثر بصيغته التحريم كما يقتضى الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس
حمل الحديث على النذب أو خصه فى بعض ان الصور كما فعل مالك ولا خلاف
عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول
بها عن ظاهرها أعنى أن يدل بانظ النهى عن عموم الحظر الى مفهوم الكراهية
وأما اهل الظاهر فلما لم يجوز عندهم القياس فى الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث
وقالوا بتحريم التفضيل فى الهبة . واختلفوا من هذا الباب فى جواز هبة اشاع
غير المقسوم فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح
وعنده الجماعة أن القبض فيها يصح كالتصريح فى البيع وعنده أبى حنيفة أن القبض
فيها لا يصح الا مفردة كارهن ولا خلاف فى المذهب فى جواز هبة المجهول
والمدموم المتوقع الوجود وبالجمله كل ما لا يصاح بيعة فى الشرع من جهة التمر
وقال الشافعى ما جاز بيعة جازت هبته كالدين وما لم يجز بيعة لم تجز هبته وكل
ما لا يصح قبضه عند الشافعى لا تصح هبته كالدين والرهن . وأما الهبة فلا بد
من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح
قبوله وقبضه . وأما الشروط فشهرها القبض أعنى أن العلماء اختلفوا هل القبض
شرط فى صحة العقد أم لا فاتفق الثورى والشافعى وأبو حنيفة ان من شرط صحة
الهبة القبض وأنه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقل مالك ينعقد بالقول ويجزى على القبض
كالبيع سواء فإن تأتى الموهوب له عن طاب القبض حتى افاض الواهب أو مرض
بطالت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوائى لم يكن له الا الثمن وان قام فى الفور كان
له الموهوب فمالك القبض عنده فى الهبة من شروط التمام لامن شروط الصحة وهو
عند الشافعى وابى حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد
وليس القبض من شروطها اصلا لامن شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول اهل
الظاهر وقد روى عن أحمد بن حنبل ان القبض من شروطها فى المكيل والموزون

فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشيهاً بالبيع وأن الأصل في العقود أن لا قبض
 مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض إن
 ذلك مروى عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص في
 اشتراط القبض في صحة الهبة وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال ما بال رجال ينحلون
 أبناءهم ينحلونهم يسكنونها فإن مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحداً وإن مات قال هو
 لا بنى قد كنت أعطيتهم إياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها للمنحول له وإبقاها حتى
 تكون إن مات لورثته فهي باطلة وهو قول على قالوا وهو إجماع من الصحابة لأنه لم ينقل عنهم
 في ذلك خلاف : وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعاً أعنى القياس وما روى عن الصحابة
 وجمع بينهما فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض
 ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جمل القبض
 فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه إن تراخى حتى ينفوت القبض بمرض
 أو إفلاس على الواهب سقط حقه وجهور فقهاء الأمصار على أن الأب يجوز لابنه الصغير
 الذي فيه ولاية نظره وللأكبر السفيه ما وهبه له كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهم وأنه
 يكفي في الحيابة له إشهاده بالهبة والإعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة
 وفيما لا يتعين به الأصل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب
 أن عثمان بن عفان قال من نحل ابنه صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلته فاعلن ذلك واشهد
 عليه فهي حيازة وإن وليها وقال مالك وأصحابه لا بد من الحيابة في المسكون والملبوس فإن
 كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس إن لبسه بطلب الهبة وقالوا في سائر
 العروض بمثل قول الفقهاء أعنى أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق
 فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز إلا أن يخرج الأب عن يده
 إلى يد غيره وروى عنه أنه يجوز إذا جعلها في ظرف أو أمان وحتم عليها بخاتم واشهد على
 ذلك الشهود ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصى يقوم في ذلك مقام الأب واختلفوا في
 الأم فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الأب ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم
 وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي الجد بمنزلة الأب والجدة عند ابن وهب أم الأم
 تقوم مقام الأم والأم عنده تقوم مقام الأب .

﴿ القول في أنواع الهبات ﴾

والهبة منها هي هبة عين ومنها ما هي هبة منفعة وهبة الدين منها ما يقصد بها الثواب
 ومنها ما لا يقصد بها الثواب والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها

حايقصد به وجه المخلوق . فاما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها وإنما اختلفوا في أحكامها . وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس ببيع مجهول الثمن فمن رآه ببيعاً مجهول الثمن قال هو من بيعوع الغرر التي لا تجوز ومن لم ير أنها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالكاً جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يررض الواهب بالثواب ما الحكم فقل تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لا تلزمه إلا أن يرضيه وهو قول عمر على ما سيأتي بعد فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك . وأما إذا ألزم القيمة فهناك بيع انعقد وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك وخصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للفقير أو لمن يرى انه إنما قصد بذلك الثواب . وأما هبات المنافع فمنها ما هي مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلاً سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال ، أحدها انها هبة مبتوتة أى أنها هبة للرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجاعة ، والقول الثاني انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعندنا انه ان ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمر أو إلى ورثته ، والقول الثالث انه إذا قال هي عمرى تلك ولعقبك كانت الرقبة ملكاً للمعمر فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر المعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف في هذا الباب باختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للآثر . اما الآثار ففي ذلك حديثان ، أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إنما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطها أبداً لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا معشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تمسروها فمن أعمر شيئاً حياته فهو له حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لا تمسروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو لورثته فحديث أبي الزبير عن جابر يخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه يخالف أيضاً لشرط المعمر الا انه يخيل أنه أقول في المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبئيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك .

وأما من قال أن العمرى تعود إلى المعمر أن لم يذكر العقب ولا تعود أن ذكر فإنه أخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه أغنى رواية أبي الزبير عن جابر . وأما إذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على أن الاسكان عندهم أو الأخدام بخلاف العمرى وإن لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لا تنصرف إلى المسكن أبداً على قول الجمهور في العمرى والحق أن الاسكان والتعمير المعنى المفهوم منهما واحد وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفاً له إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

(القول في الأحكام) ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجهور وعلماء المدينة أن للاب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً وبالجمل ما لم يترتب عليه حق الغير وإن للام أيضاً أن يعتصر ما وهبت أن كان الأب حياً وقد روى عن مالك أنها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرمة . عليه وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله لأنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها بسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار أصلاً احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام : لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد وقاس الأم على الوالد وقال الشافعي لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار إلا لذوي الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرخص منها قالوا وأيضاً فإن الأصل أن من وهب شيئاً عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كما لو وعد إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجهوز العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثها وفي مراسلات مالك أن رجلاً أنصاريًا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهل كافورث ابنهما المسال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال : قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أُمي بوليدة وأنها ماتت

وتركتك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم : وجب أجرك ورجعت إليك بالميراث وقال
أهل الظاهر لا يجوز الاعتصار لاحد لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام : لعمر لا تشتره
في الفرس الذي تصدق به فان العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه والحديث متفق
على صحته ١ قال القاضي والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه
الصلاة والسلام انما بحث ليتم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله علي سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولا فسمين : القسم الاول النظر في الأركان . والثاني في
الاحكام ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .
(القول في الاركان) والاركان أربعة الموصى . والموصى له . والموصى به . والوصية .
لما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي
الذي يعقل القرب وقال أبو حنيفة لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ وعن الشافعي القولان
وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم . وأما الموصى له فأنهم اتفقوا على ان
الوصية لا تجوز لو ارث لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز
لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد
الوصية على القرابة وبه قال ابي حنيفة وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى « الوصية للوالدين والاقربين »
والالف واللام تقتضي الحصر واحتج الجمهور بحديث عمر ان ابن الحصين المشهور وهو
أن رجلا اعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته لامال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى
الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها
لا تجوز لو ارث اذا لم يجزها الورثة . واختلفوا كما قلنا اذا أجازتها الورثة فقال الجمهور
تجوز وقال اهل الظاهر والمزني لا تجوز ٢ وسبب الخلاف هل المنع لعملة الورثة . أو
عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان أجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة
أجازها اذا أجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى ترده المفهوم من قوله عليه
الصلاة والسلام : لا وصية لوارث هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول واختلفوا في

الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفي الوصية للقاتل خطأ وعمدا وفي هذا الباب قرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ف قيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولا يكونوا اعنى انهم ان كانوا في عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب .

(القول في الموصى به) والنظر في جنسه وقدره . أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر وأما القدر فان العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة . واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن أبي وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي أفأتصدق بثلتي مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد قالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والناس كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى أنه مادون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام: في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع والخمس أحب الى . وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو عصى الناس في الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الثلث والثلث كثير . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مالكا لا يجيز ذلك والاوزاعي واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود ثم سبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعمة التي علله بها الشارع ام ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكفون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام: انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة

يتكفون الناهي إقن جعل هذا السبب خاصا وجبان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعبادة أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث .

(القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية) والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا المقدم عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أغنى أو للموصي ان يرجع فيما أوصى به إلا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ما سيأتي في كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصي له إلا بعد موت الموصي واختلفوا في قبول الموصي له هل هو شرط في صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصي له إياها شرط في صحة الوصية وروى عن الشافعي أنه ليس القبول شرطا في صحتها ومالك شبهها بالهبة .

(القول في الأحكام) وهذه الأحكام منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث فقال الورثة ذلك الذي عين أكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخبرون بين أن يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصي له بموت الموصي وقبوله إياها باتفاق فكيف ينقل عن مالك ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسئلة وذلك أنه قال إذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الوصي له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكا للورثة وإن كان الثلث فأقل جبروا على إخراجه وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك أن الورثة مخبرون بين أن يدفعوا إليه ما وصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت إما في ذلك الشيء بعينه وإما في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك وقال أبو حنيفة والشافعي له ثلث تلك العين ويكون بباقي شريكا للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث ثم وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه فهل إلا عدل في حق الورثة ان يخبروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له إلى غاية ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدي ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو الأولى إذا قلنا ان التعدي هو في التعيين لكونه أكثر من الثلث أغنى

ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكاف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم - ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فوات ولم يوص بها وأذا وصي بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعي يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهي عنده من الثلث وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جلس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها في الحياة انها من رأس المال ولو كان في السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة أعنى في توصيته باخراجها قال ولو اجيز هذا لجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أصح منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء يريد في الخاصة وانفق مالك وجميع أصحابه على ان الوصايا التي يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتحاص في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قسم الأهم. واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله والاخر بنصيبه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما أخا سا وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالتسوية بسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذا كان مشاعا قال يقتسمون للمال أخا سا ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال يقتسمون الباقي على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين بسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المسالين اذا لم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصى بعد موته بأولاده وان هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للامام ان يوصى بها .



﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائما أو مع الوارث دون وارث وإذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك إذا ورث وحده كم يرث وإذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسييل الحاضرة في ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد إذا انفردكم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فاما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة ذوو نسب وأصهار وموالى . فاما ذوو النسب فنبا متفق عليها ومنها يختلف فيها . فاما المتفق عليها فهي الفروع أعني الأولاد والأصول أعني الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو إناثا وكذلك الفروع المشتركة للميت في الأصل الأدنى أعني الأخوة ذكورا وإناثا أو المشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام وتلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء إذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة . أما الرجال فالابن وابن الابن وإن سفل والاب والجد أبو الأب وإن علا والأخ من أى جهة كان أعني للأب والاب أو لأحدهما وابن الأخ وإن سفل والعم وابن العم وإن سفل والزوج ومولى النعمة . وأما النساء فالابنة وابنة الابن وإن سفلت والام والجدة وإن علت والأخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة وهم بالجملة بنو البنات وبنات الأخوة وبنو الأخوات وبنات الأعمام والعم أخو الأب للام فقط وبنو الأخوة للام والعصبات والحالات والأخوال فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى انه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريتهم والذين قالوا بتوريتهم اختلفوا في صنفه توريتهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى توريتهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من

ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من أدلى منهم بذي سهم أو عصبة بمنزلة السبب الذي أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لاجمال للقياس فيها كان الاصل أن لا يثبت فيها شيء الا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة : وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) وقوله تعالى (المرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام وير المخالف أن هذه مخصوصة بآيات الموارث وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الله ورسوله مولى من لا مولى له والحال وارث من لا وارث له . وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام أولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا بتقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب أعنى أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبو زيد ومتأخروا أصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والمصبات لذوى الارحام وجب أن يكون لهم ولاية الارث . وللفريق الاول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فللشرع في ذكر جنس جاس من أجناس الوارثين وتذكر في ذلك ما يجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

ميراث الصلب

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكوراً وإناثاً معاً هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثاً فما فوق ذلك . فلبن الثلثان واختلفوا في الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس أنه قال للبتين النصف . والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى « فإف كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والظاهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل أن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم ابن عبيد الله وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر

وعبد الله ابن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون ، وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » إلى قوله « وإن كانت واحدة فلها النصف » وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون إلا شئ روى عن مجاهد أنه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف إلى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع إلى الثمن ولا الأم من الثلث إلى السدس وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب إذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا إذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتين أو أبعد منهن فقال جمهور فقهاء المصار أنه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين وبه قال على رضي الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب أبو ثور وداوداته إذا استكمل البنات الثلثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه للذكر مثل حظ الأنثيين إلا ان يكون اخاصل للنساء أكثر من السدس فلا يعطى إلا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى أيضا لما كان الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وأبو ثور حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فما ابقت الفرائض فلا ولي رجل ذكر ومن طريق المعنى أيضا ان بنت الابن لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان اخرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على أصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهي حصة قريبة من حصة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبن كان في درجتهم أو اطراف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبن الا اذا كان في مرتبتين وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتا اصابت وبنت ابن أو بنت ابن ليس معهن ذكران لبنات الابن السدس تكلمة الثلثين وخالفت الشيعة في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال في ابن الابن مع الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن أنه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقليل يرثن تعصبا مطلقا وقيل يرثن تعصبا الا ان يكون

أكثر من السدس وإذا قيل يرثن فليل أيضا إذا كان ابن الابن في درجتين وقيل كيف ما كان والمتحصل في وراثته مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات)

راجع للعلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولداً ولا ولداً بن النصف ذكراً كان الولد أو اتى الا ما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولداً فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولداً ولا ولداً بن الربع فان ترك ولداً أو ولد ابن فالثلث وان لم يكن يحجبها أحد عن الميراث ولا ينقصها الا الولد وهذا لورود النص في قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد) الآية

✽ (ميراث الاب والام) ✽

راجع العلماء على أن الاب إذا انفرد كان له جميع المال وانته إذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى (وورثة أبواه فلامه الثلث) وأجمعوا على أن فرض الابوين من ميراث ابنتهما إذا كان لابن ولد أو ولد ابن السدسان أعني أن لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولا يورثه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم في ذلك من شذ . وأجمعوا على أن الاب لا ينقص مع ذري الفرائض من السدس وله ما زاد . وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له أخوة فلامه السدس) . واختلفوا في أقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعداً وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعداً وأن الاثنين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فمن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعني في قوله تعالى (فان كان له أخوة) ولا خلاف أن الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة في الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا تنقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذا سم الاخوة هو جمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا

الباب فيمن يرث السدس الذي تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفي أبوين وأخوة فقال الجمهور ذلك السدس للأب مع الأربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لانه ليس في الاصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب الا الاخوة مع الالباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس. واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالغروين وهي فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور في الاولى للزوجة الربع وللأم ثلث مابقي وهو الربع من رأس المال وللاب مابقي وهو النصف وقالوا في الثانية للزوج النصف وللأم ثلث مابقي وهو السدس من رأس المال وللاب مابقي وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول علي رضي الله عنه وقال ابن عباس في الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللأم الثلث منه أيضا لانها ذات فرض وللاب مابقي لانه عاصب وقال أيضا في الثانية للزوج النصف والام الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب مابقي وبه قال شريح القاضي وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور أن الاب والام لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقي وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقي من المال وكانهم رأوا أن يكون ميراث الام أكثر من ميراث الاب خروجاً عن الاصول وعمدة الفريق الآخر أن الام ذات فرض مسمى والاب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وما عليه الفريق الثاني مع عدم التعليل أظهر وأعني بالتعليل هاهنا أن يكون أحق سببي الانسان أولى بالاثار أعني الاب من الام .

﴿ميراث الاخوة للام﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكراً كان أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الاب والجد أبو الاب وان علا والبنون ذكر انهم واناثهم وبنو البنين. ولن سفلوا ذكر انهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت » الآية . وذلك الاجماع اتفق على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقـ قرئ . وله أخ أو أخت من أمه . وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على ان

السكرالة هي فقد الاصناف الاربعة التي ذكرنا من النسب اعني الآباء والاجداد والبنين وبنى البنين .

(ميراث الاخوة للاب والام أو للاب)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والام أوللاب فقط يرثون في السكرالة أيضا أما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وانهم ان كانوا ذكورا وأناتا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في السكرالة) الا انهم اختلفوا في معنى السكرالة هاهنا في أشياء وانفقوا منها في أشياء يأتي ذكرها ان شاء الله تعالى فن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام ذكر انا كانوا أو اناتا انهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الولد ولا مع الاب شيئا واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والام مع البنت أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة الى أن الاخت لا ترث مع البنت شيئا وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في ابنة وابنة ابن وأخت أن هببت النصف والابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الاتحاد العدول عن علي رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على أن الاخوات للاب والام اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فلاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبن ويقتسمون المال فلذكر مثل حظ الانثيين كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجتين وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقي للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه

عادود في هذه المسئلة مع موافقته له في مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن
الثلثين فللذكر عنده من بنى الاب مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء
أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة الفريقين في هذه
المسئلة هي تلك الادلة باعيانها وأجمعوا على ان الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب
والام عند فقدهم كالحال في بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان
يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في البنين
الا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشاركة فان العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة
توفيت وترك زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابها وامها فكان عمرو وعثمان وزيد بن
ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللأخوة للام الثلث فيستغفرون المالك
فيبقى الاخوة للاب والام بلا شيء فكانوا يشركون الاخوة للاب والام في
الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم لذلك مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال
من فقهاء الامصار مالك والشافعي والثوري وكان على رضى الله عنه وابى بن كعب وأبو
موسى الاشعري لا يشركون اخوة الاب والام في الثلث مع أخوة الام في هذه
الفريضة ولا يوجبون لهم شيئا فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبي ليلى
واحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون
الاخوة للام في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الام فوجب أن لا ينفردوا به
دونهم لانه اذا اشتركوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة
الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شيء لهم اذا احاطت فرائض ذوى
السهام بالميراث وعمدتهم اتقان الجميع على أن من ترك زوجا وأما وأخا واحدا لأم
واخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملا والسدس
الباقي بين الباقيين مع أنهم يشاركون له في الام فوجب الاختلاف في أكثر مسائل
الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

(ميراث الجد)

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وانه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه
عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق أو
حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه
يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن شريح من أصحاب الشافعي وداود
وجماعة وانفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث

الاخوة مع الجدة الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجدة بمنزلة الاب اتفاهما في المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفاهما في كثير من الاحكام التي أجمعوا على اتفاهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال أما يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الاب أباً وقد أجمعوا على انه مثله في أحكام آخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجدة يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجدة ان الاخ أقرب الى الميت من الجدة لان الجدة أبواى الميت والاخ ابن أبى الميت والابن أقرب من الاب وأيضاً أجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلى بالاب والعم يدلى بالجدة فبسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب (فان قيل) فإى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى (قلنا) قياس من ساوى بين الاب والجدة فان الجدة أب في المرتبة الثانية أو الثالثة كان ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة وإذا لم يحجب الابن الجدة فهو يحجب الاخوة فالجدة يحجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له في لاصل والاصل أحق بالشئ من المشارك له في الاصل والجدة ليس هو أصلاً للميت من قبل الاب بل هو أصل أصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذى هو أصل لاصله اولى من الذى هو فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجدة يدلى بالابوة فان الاخ ليس ابناً للميت وانما هو ابن ابيه والجدة ابواى الميت والبنوة انما هى اقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعنى الموروث واما البنوة التى تكون لاب الموروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الابوة التى تكون لاب المورث لان الابوة التى لاب الموروث هى ابوة ما للموروث اعنى بعيدة وليس البنوة التى لاب الموروث بنوة ما للموروث لاقربية ولا بعيدة فن قال الاخ احق من الجدة لان الاخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجدة يدلى بالابوة هو قول غلط مخيل لان الجدة أب ما وليس الاخ ابناً وبالجمله الاخ لاحق من لواحق الميت وكأنه أمر عارض والجدة سبب من أسبابه والسبب أملك للشئ من لاحقه. واختلف الفقيه ورثوا الجدة مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد في ذلك أنه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أولاً يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الافضل له من اثنين أما ثلث المال وأما أن يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكراً أو اناثاً أو الامر من جميعاً فهو مع الاخ

الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والأربعة يأخذ الثلث وهو مع
الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له
الثلث لانه أفضل له من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم . وأما
ان كان معهم ذو فرض يسمى فانه يبدأ بأهل الفروض فيأخذوا قروضهم فما بقي
أعطى الأفضل له من ثلاث أما ثلث ما بقي بعد حظوظ ذوى الفرائض وأما أن يكون
ممنزلة ذكر من الاخوة وأما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينقص منه ثم ما بقي
يكون للأخوة المذكور مثل حظ الانثيين الا في الكدرية على ما سذكر مذهب فيها
مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الا حظى له من
السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وإنما
لم ينقصه من السدس شيئا لانهم لما أجمعوا ان الابناء لا ينقصونه منه شيئا كان أخرى أن لا
ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن ما يجب
لهم وهو الثالث وبه قول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة ويقول على رضى
الله عنه قال أبو حنيفة . وأما الفريضة التي تعرف بالاكدرية وهي امرأة توفيت وتركت
زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه
وابن مسعود يعطيان الزوج النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس
وذلك على جهة العدل وكان على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج
النصف وللأم الثالث وللأخت النصف وللجد السدس فريضة إلا ان زيدا يجمع سهم
الاخت والجد فينقسم ذلك بينهم المذكور مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من
قول زيد وضيف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة ويقول زيد قال
مالك وقيل إنما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من
يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الا ابن عباس فانه روى
عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وإيم الله لو قدم من قدم الله وأخر
من آخر الله ما عالت فريضة قيل له وأياها قدم الله وأياها آخر الله قال كل فريضة لم
يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فهي ما قدم الله وكل
فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا ما بقي فملك التي آخر الله فالاول مثل
الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الضمان بدىء من
قدم الله فان بقي شيء فلمن آخر الله والا فلا شيء له قيل له فهلا قلت هذا القول
لعمر قال هبته وذهب زيد الى انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق إخوة لاب ان
الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة الاب فيمنعونهم كثرة الميراث ولا يرثون

مع الاخوة الشقائق شيئا الا ان يكون الشقائق أختا واحدة فانها تعاد الجدة باخوتها
للاب ما بينهما وبين ان تستكمل قرابتهما وهي النصف وان كان فيما يحاوها ولاخوتها
لابيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاختوتها لا بيها للذكر مثل حظ
الانثيين فان لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضى الله عنه
فكان لا يثبت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يجوبونهم ولان
هذا الفعل أيضا مخالف الاصول أعني ان يحتسب بمن لا يرث واختلف الصحابة رضى الله
عنهم من هذا الباب في الفريضة التي تدعى الحرقاء وهي أم وأخت وجد على خمسة
أقوال فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقي للجد وحجبوا
به الاخت وهذا على رأيهم في اقامة الجد مقام الاب وذهب على رضى الله عنه الى أن
للام الثلث وللأخت النصف وما بقي للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللأخت
الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للأخت النصف وللجد الثلث وللأم
السدس وكان يقول معاذ الله ان أفضل أما على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث
وما بقي بين الجد والأخت المذكور مثل حظ الانثيين .

(ميراث الجدات)

وأجمعوا على ان للجددة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجددة أيضا أم الاب عند
فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب
زيد وأهل المدينة الى ان الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت
الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددهما سواء أو كانت أم الاب أقعد فان كانت
أم الام أقعد أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجددة أم الاب شيء وقد
روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار
أبو حنيفة والثوري وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون الاهاتين الجدتين المجتمع على
توريثهما وكان الاوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنان
من قبل الاب أم الاب وام ابى الاب أعني الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات ام
الام وام الاب وام ابى الاب أعني الجد وام ابى الام أعني الجد وبه قال الحسن وابن
سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السدس دنياهن وقصواهن ما لم تكن
تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من
جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور
ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ومن قال بمذهب زيد

خارواه مالك انه قال جاءت الجدة الى أبي بكر رضي الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فأرجى حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الأخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا غيرك وما أنا بزائد في الفرائض ولكنه فلك السدس فإن اجتمعتما فيه فهو لكما وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك أيضاً أنه أتت الجدتان الى أبي بكر فأراد أن يجعل السدس لتي من قبل الأم فقال له الرجل أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كأن أياها برث فجعل أبو بكر السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة وأجماع الصحابة . وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشييعها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه . واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها وهو الأب فذهب زيد الى أنه يحجب ربه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروي عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوباً بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك وأيضاً فلما كانت أم الأم لا ترث بأجماع مع الأم شيئاً كان كذلك أم الأب مع الأب وعمدة الفريق الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة أعطها رسول الله صلى الله عليه وسلم سديساً جدة مع ابنها وابنها حتى قالوا ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لا يحجب بالذكور كان ذلك حكم جميع الجدات ويتبني أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيدا إلا في فريضة واحدة وهي امرأة هلكت وتركت زوجاً وابناً وإخوة لأم وإخوة لأب وأم وجداً فقال مالك للزوج النصف وللأم السدس وللجد ما بقي وهو الثلث وليس للإخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس وما بقي للإخوة الشقائق يخالف مالك في هذه النسبة أصلاً من أن الجد لا يحجب الإخوة الشقائق ولا الأخوات للأب وحججه أنه لما حجب الإخوة الأم عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى حله في أنه لا يحجبهم .

﴿ باب في الحجب ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وأن بنى الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبنو الاخ للاب أولى من بنى ابن الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب أولى من العم أخى الاب وابن العم أخو الاب الشقيق أولى من ابن العم أخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنينهم ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف. وبالمثلة أما الاخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد فإذا استوا حجب منهم من أدلى بسبيين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الأعمام الأقرب منهم يحجب الأبعد فإن استوا حجب من يدلى منهم إلى الميت بسبيين من يدلى بسبب واحد أعنى أنه يحجب العم الذى هو أخو الاب لاب وأم العم الذى هو أخو الاب لاب فقط. واجمعوا على أن الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الأعمام لأن الاخوة بنو أب المتوفى والأعمام بنو جدهم والآباء يحجبون بنينهم والآباء أجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجدة يحجب من فوقه من الأجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجدة يحجب الأعمام اجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات بناتين يحجبن الاخوة للام. واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم احدها أخ للام فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة والثورى للاخ للام السدس من جهة ما هو أخ لام وهو في باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال له لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لأنه قد أدلى بسبيين وعن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى وهو قول الحسن وعطاء. واختلف العلماء في رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض إذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه قال مالك والشافعى وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وأن كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقى وهكذا في جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى أن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد. وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تماق بأسباب الموارث يجب أن نذكرها هنا فنحن نعلم أنها أجعل المسلمون

على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »
ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم
واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من
الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت
بذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين
بوجاعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بلسانهم فقالوا كما يجوز لنا ان
نتكح نساءهم ولا يجوز لنا ان نتكحهم نساءنا كذلك الارث ورووا في ذلك
حديثا مسندا قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضا بالقصاص في
الدماء التي لا تكافأ . وأما مال المرتد اذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو
لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة
بوقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين
وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم
الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياهم في ذلك هو ان قرابته أولى
بمن المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام
وربما أكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل انه لا يؤخذ في الحال حتى يموت الا ما
هوى عن أشهب فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بأن يكون
لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي
بغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول بوقف
ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استجاب المسلمين
لما له ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عند ما يرتد
وأظن ان أشهب ممن يقول بذلك . وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا
واختلفوا في توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجاعة الى ان أهل الملل المختلفة
ولا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجاعة وقال الشافعي وأبو حنيفة
بأبو ثور والثوري وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى
بوجاعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابئين ملة
والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن ابن أبي ليلى مثل
تقول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية
والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك

ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في توريث الجملاء والجملاء هم الذين يحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعني أنهم يولدون في بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول أنهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول الجماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول أنهم لا يتوارثون الا بيينة تشهد على أنسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة وقول أنهم لا يتوارثون أصلا وروى عن عمر الثلاثة الاقوال الا أن الأشهر عنه أنه كان لا يورث الا من ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم فذهب من رأى أن لا يورثون الا بيينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يورثون أصلا ولا بالبيينة العادلة وعن قال هذا القول من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك في أهل حصن تزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون وهذا يخرج منه أنهم يتوارثون بلا بيينة لان مالك لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال قاتل ان سبوا فلا يقبل قولهم في ذلك وينحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور وذلك أنهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قيات دعواهم في أنسابهم . وأما ان إدركهم السبي والرق فلا يقبل قولهم الا بيينة ففي المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمر ان من لا يرث لا يجب مثل الكافر والملوك والقائل عمدا وذن ابن مسعود يجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعني بأهل الكتاب والعبيد والقائلين عمدا وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب في معنى الارث وأنها من لازمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت . واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هدم ولا يدري من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يورث بعضهم من بعضهم وان يرثهم جميعا لمن بقى من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي وذهب على وعمر رضي الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير للطحاوي عنهم وجهور البصريين الى أنهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض أعني انه لا يضم الى مال الموروث ماورث من غيره فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال في الذين يعلم

تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم
ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة
من الالف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها ربعها وذلك مائتان
 وخمسون. ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعة وولد الزنا
 فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعة يورث كما يورث غيره ولد الملاعة وإنه
 ليس لامه إلا الثلث والباقي لبيت المال إلا أن يكون له أخوة لام فيكون لهم الثلث أو
 تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها وإلا فالباقي لبيت مال المسلمين وبه قال مالك
 والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه إلا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الأرحام
 أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضا من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال
 وذهب على وعمر وابن مسعود إلى أن عصبة أمه أغنى الذين يرثونها وروى عن
 على وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلون عصبة أمه إلا مع فقد الأم وكانوا ينزلون
 الأم بمنزلة الأب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة
 الفريق الأول عموم قوله تعالى «فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث» فقالوا
 هذه أم وكل لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روى من حديث
 ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه الحق ولد الملاعة بأمه وحديث عمرو بن شعيب
 عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعة لامه ولورثته
 وحديث وائلة بن الأسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تزور ثلاثة مول عتيقها
 ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك
 خرج جميع ذلك أبو داود وغيره قال القاضي هذه الآثار المصير إليها واجب لأنها قد
 خصت عموم الكتاب والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب وأهل الفريق الأول
 لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو
 مشهور في الصدر الأول واشتباره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فإن هذا ليس
 يستلزم بالقياس والله أعلم. ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك
 ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وانكر الثاني فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه أن يعطيه حقه
 من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على
 المقر أن يعطيه من الميراث شيئا واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الأخ
 المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثاني وثبت النسب وقال أبو حنيفة
 يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عندما لك وأبي حنيفة فيمن ترك ابنا واحداً
 فافر بأخ له آخر اعنى أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث وأما الشافعي فعنه في هذه المسئلة

قولان أحدهما انه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل المطبولة ويجعلها مسألة عامة وهو ان كل من يجوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحداً أو غير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الاولى وفي أحد قوليه في هذه المسئلة أعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدي عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب أصل والميراث فرع واذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذي بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق أقربه على نفسه والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف انه شريكه في الميراث حظه منه . وأما عمدة الشافعية في اثباتهم النسب باقرار الواحد الذي يجوز الميراث قال السماع والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت : كان عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن الوليدة زمعة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هولك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللاماهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قال فما رآها حتى لقي الله عز وجل ففضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هناك وارث منازع له وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في اثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه اثبت نسبه باقرار أخيه به والأصل أن لا يقب نسبه الا بشاهدي عدل ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات فقالت طائفة انه اثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لانه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وانها كانت فراشا له قالوا وما يؤيد ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن أن لا يخفى عليه امرها وهذا على القول بان للقاضي ان يقضى بعلمه ولا يليق هذا التأويل عند مالك لانه لا يقضى القاضي عنده بعلمه ويليقي بذهب الشافعي على قوله الآخر أعنى الذي لا يثبت

فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل الوا انما امر سودة بالحجبة احتياطاً للشبهة الشبه لان ذلك كان واجباً وقال لمسكان هذا بعض الشافعية ان الزوج ان يحجب الاخت عن أخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسيه بقول عتبة ولا يعلمه بالفراش واقترب هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام : هو لك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوي انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هو لك يا عبد بن زمة أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاحق على اللفظة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر . وأما المعنى الذى يعتمد الشافعية في هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يران الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز عبراته واتفق الجمهور على ان اولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم الا في الجهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة وشبه قوم فقالوا يلحق ولد الزنا في الاسلام أعنى الذى كان عن زنا في الاسلام واتفقوا على ان الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر إمام من وقت العقد وإمام من وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا في أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالولد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعي أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلاً وذهب مالك والشافعي الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأنت بولد لسنة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أنت به لسنة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هي فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه السلام : الولد للفراش وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب في إثبات النسب بالفاقة وذلك عندما يطأ رجلان في طهر واحد يملك يمين أو ينكح ويتصور الحكم ايضا بالفاقة في اللقيط الذى يدعيه رجلان او ثلاثة والفاقة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفضول تشابه أشخاص الناس فقال بالفاقة من فقهاء

الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والأوزاعي وأبي الحكم بالقافة الكوفيون
وأكثر أهل العراق والحكم عند هؤلاء انه إذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما وذلك
إذا لم يكن لاحدهما فراش مثل أن يكون لقيطا أو كانت المرأة الواحدة لسكل واحد
منهما فراشا مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين
بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم لابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب
أبي حنيفة يجوز أن يكون ابنا لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وإبطال للمقول
والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر
ابن الخطاب كان يلبط أولاد الجاهلية بمن استلأطهم أي بمن ادعاهم في الاسلام فأتى
رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة فدعا قايضا فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه
فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين
يأتيني في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن ويظن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها
فأهريق عليه دما ثم خاف عليها نعى الآخر فلا أدري أيهما هو فكبر القائف فقال عمر
لأغلام والأيهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحنة من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد
منهم هو كالأجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ
ويقال له والأيهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال ابو ثور
يكون ابنا لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابنا
لثنتين لقوله تعالى « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى » واحتج القائلون بالقافة
أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه
وسلم مسرورا تبرق أسارى وجهه فقال ألم تسمعى ما قال محرز المدلجى لزيد واسامة
ورأى أقدامهما فقال ان هذه الأقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس
وعن أنس بن مالك ولا يخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا اصل أن لا يحكم
لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا
عدم الفراش أو اشتركا في الفراش كان ذلك بينهما وكانهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية
فانه ليس يلزم من قوله انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل أن لا يجوز وقوع
ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمرو ورواه عبد الرزاق عن علي وقال الشافعي
لا يقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول الشافعي والثانية
انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين
فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقتل ابو عمر بن عبد البر في هذا

حديث حسن مستند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواه الثوري عن صالح ابن حي عن الشعبي عن زيد بن أرقم قال كان علي باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فاقرع بينهم وقضى بالولد لذي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فاعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفي هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحق بالولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القاتل أصلاً من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الأقل وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ إلا من الدية وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بامر واجب أو بغير واجب مثل أن يكون من له إقامة الحدود وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أولاً لا يتهم بسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي وذلك أن النظر المصلحي يقتضي أن لا يرث لئلا يتذرع للناس من الموارث إلى القتل واتباع الظاهر والتعميد يوجب أن لا يلتفت إلى ذلك فإنه لو كان ذلك مما قصد لا لفت إليه الشارع وما كان ربك نسياً كما تقول الظاهرية واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعده موت موروثه المسلم وقيل قسم الميراث وكذلك إن كان موروثه على غير دين الإسلام فقال الجمهور إنما يعتبر في ذلك وقت الموت فإن كان اليوم الذي مات فيه المسلم ورثه ليس بمسلم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل قسمه للميراث أو بعده وكذلك إن كان موروثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتاده وجماعة المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم : إنما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام وروى من حديث عطاء أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال القاضي ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب إما بالنسب أو صهر أو ولاء وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والضرع فيجب أن نذكر هاهنا الولاء ولمن يجب ومن يجب فيه ممن لا يجب وأما أحكامه .

* (باب في الولاء) *

فاما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لهذا الباب .
(المسئلة الاولى) أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه قان ولأه .
له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبة له اذا كان هناك ورثة لا يحيطون بالمال
فاما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة :
أما الولاء لمن أعتق واحتلفوا اذا أعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق
عنه لا الذي باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعي ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء
للمعتق عنه وان أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للمعتق وعمدة الحنفية والشافعية
ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لمن أعتق وقوله عليه الصلاة والسلام : الولاء
لحمة كل حمة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير إذنه فكذلك الولاء ومن
طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له أصله
اذا أعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك
اتفقوا على أنه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك أنه من قال لعبده
أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه
له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولأه له وقال أبو حنيفة وأصحابه
له ولاؤه اذا ولأه وذلك أن من مذهبيهم أن كل رجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه
ويقتل عنه وأن له أن ينصرف من ولأه الى ولأه غيره مالم يقتل عنه وقال غيره
بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم :
أما الولاء لمن أعتق وإنما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي
عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه
غيره أعني أن لا يكون ولأه بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة
الحنفية في اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون »
وقوله تعالى « والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم » وحجة من قال الولاء يكون
بنفس الاسلام فقط حديث تميم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
المشرك يسلم على يدي مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته وماله وقضى به
عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى (والذين عاقدت ايمانكم)

منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهييه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الاولاء السائبة .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجهه بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا ان يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له ان يجعل ولاؤه حيث شاء وان لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعي وكان ابراهيم والشمسي يقولان لا بأس ببيع ولأه السائبة وهبته وحجه هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها : وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولأه العبد المسلم اذا اعتقه النصراني قبل أن يبايع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيدده فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وانه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن أنه يرثه فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول أنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولأنك اتفقوا أنه اذا اعتق النصراني الذمي عبده النصراني قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا في الحرابي يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان اليها مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال أبو حنيفة لا ولأه بينهما وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتعالف وخالف أشهب مالكاً فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه أبداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالك يستبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين التصاري أن يشرق بعضهم بعضا ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون أنه من ملهم

(المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا من بائرن عتقه بأنفسهن او ما جر اليهن من بائرن عتقه أما بولأه او بنسب مثل معتق معتقها أو ابن معتقها وانهم لا يرثن معتق من يرثه الا ما حكى عن شريح وعمدته أنه لما كان لها ولأه ما اعتقت بنفسها كان لها ولأه ما اعتقه موروثها قياسا على الرجل وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى وهو أرفع مراتب القياس وأما الذي يوهنه الشذوذ وعمدة

الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد
فمن يشر العتق أو كان من سبب قوى من اسبابه وهم العصبه

قال القاضي واذا قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر في ترتيب اهل
الولاء في الولاء فمن اشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء
الكبير مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين او ابنتين
ثم مات احد الاخوين وترك ابناً أو احداً الابنتين فقال الجمهور في هذه المسئلة ان
حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه
بخلاف الميراث لان الحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر
لمعتق وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعلى عثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من
الصحابه وقال شريح وطائفة من اهل البصرة حق الاخ الميت في هذه المسئلة لبنيه
وعمدته هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول أن الولاء تنسب مبدؤه من
المباشر ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بجر الولاء وصورتها
أن يكون عبده بنون من أمة فاعتقت الامة ثم أعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا
لمن يكون ولاء البنين اذا أعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام
اذا لم يمس المولود الرق في بطن أمه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق
الاب هو لمو الى الام واختلفوا اذا أعتق الاب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يجوز
فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم الى أنه يجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يجوز
الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة
لا يجر ولاءهم وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب
عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور أن
الولاء مشيه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثاني أن البنين لما كانوا
في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى
أن الجد يجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبداً الا أن يعتق الاب وبه قال الشافعي
وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمدوا في ذلك على أن ولاء الجد انما ثبت لمعتق الجد على
البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأجرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثاني
أن عبودية الاب هي كوته فوجب أن ينتقل الولاء الى أبي الاب ولا خلاف بين من
يقول بان الولاء للعصبه فيما أعلم أن الابناء أحق من الآباء وأنه لا ينتقل الى العمود
الا على الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم أقوى تعصياً
من الابوة والاب أضعف تعصياً والاخوة وبنوهم اقمعد عند مالك من الجد وعند

الشافعي وأبي حنيفة الجدة أقعد منهم * وسبب الخلاف من أقرب نسباً وأقوى تعصياً
وليس يورث بالولاء جزء من روض وإنما يورث تعصياً فإذا مات المولى الأسفل ولم
يكن له ورثة أصلاً أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبة المولى الأعلى وكذلك
يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسباً أعنى بناته وبنيه وبنى
بنيه وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي إذا ماتت امرأة ولها ولاد وولد وعصبة لمن
ينقل الولاء فقالت طائفة لمصبتها لانهم اتفقوا يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول على
بن أبي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الأمصار . وهو
مخالف لأهل هذا السلف لان بن المرأة ليس من عصبتها تم كتاب الفرائض
والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعنى
بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الإيمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن قلنا
نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع . قلنا من
يصح عتقه قانهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام المالك الصحيح الرشيد القوي الجسم
الغنى غير المدين واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه قلنا من
أحاط الدين بماله فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره
لا يجوز ذلك وبه قال الأوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم
وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روى عنه
في الرهن أنه يجوز وإن أحاط الدين بمال الرهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من
منع عتقه إن ماله في تلك الحال مستحق للفرمان فليس له أن يخرج منه شيء بغير
يعوض وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف والأحكام يجب أن توجد مع
وجود عللها وتحجير الحاكم ليس بعلّة وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة

فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثاني أنه قد اتفق الاجماع على أن له ان يطاق جاريته ويحبها ولا يرد شيئاً مما انفق من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع انه لا يجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ماله الا مالاً وأكثر أصحابه قانهم اجاز واعتقه لام ولده . وأما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من التملك وقال أهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلاً اعتق ستة اعبد له الحديث على ما تقدم . وأما من يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه في أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فاما من بعض العتق فإنه ينقسم قسمين ، أحدهما من وقع تبعض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق والثاني أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعي وأحمد ابن حنبل ان كان المعتق موسراً قوم عليه لصيب شريك قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شيء وبقي المعتق ببضه عبداً وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معسراً سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين الا ان ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلاهما عبداً يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أسروا ما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات ، أحدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهم ، والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته ، والثالث ان يكلف العبد السعى في ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يباع ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فاعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبي أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شقصاً له في عبد خلاصه في ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعى

العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرج به أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما
ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذى أخذ به فما وهنت به الكوفية
حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبى هريرة وهو
قوله والا فقد عتق منه ما عتق فهو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وان
في الفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة انه اختلف
أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية . وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية
في ذلك على انه إنما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه
والعبد لم يدخل ضرر افليس يلزمه شئ وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية
حق اما شرعى لا يجوز تبعضه فاذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه واذا
كان معسرا سعى العبد في قيمته وفيه منع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك
وليس فيه ضرر على العبد وربما اتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد
منه في الشرع نوعان ، نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب
الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشرعية ملكه
وجب ان يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو
داخل بغير اختيار هو السعى . واختلف مالك والشافعى في أحد قوليه اذا كان المعتق
موسرا هل يعتق عليه لصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى انه يسرى وجوب عتقه
عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت
المالكية بانه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم والبسر واحتجت الشافعية باللازم
عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه
فإنما يجب بعد اتلافه فان نفس العتق أتلف حفظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت
الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لانه
قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبى حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد
روى فيها خلاف شاذ ففيل عن ابن سيرين أنه جعل حصه الشريك في بيت
المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له في عبد أن العتق باطل وقال قوم لا يقوم
على المعسر الكل وينفذ العتق فيمن أعتق وقيل قوم يوجب التقويم على المعتق
موسرا أو معسرا ويتبعه شريكه وسقط المعسر في بعض الروايات في حديث
ابن عمر وهذا كله خلاف الاحاديث ولعلمهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قوله
مالك من هذا في فرع وهو اذا كان معسرا فتأخر الحكم عليه باسقاط التقويم
حتى أسير فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أن

من ملك بأختياره شقفا يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقي ان كان موسراً الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا ^١ واذا ملك السيد جميع العبد فاعتق بعضهم فجمهور علماء الحجارة والعراق مالك والشافعي والثوري والاوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسمى العبد في الباقي وهو قول طاوس وحماد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في اعتاق نصيب الغير على الغير لحمة العتق كان أحرى ان يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على البعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر ^٢ فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل غلة هذا الحكم حرمة العتق أعنى ان لا يقع فيه تبعض أو مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه أن رجلا من هذيل أعتق شقفا له من مملوك فتم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور وصارت عاتهم أولى لان العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة ^٣ فسبب اختلافهم لعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس واما الاعتاق الذي يكون بالمثل فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي من مثل بعبده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه وشذ الاوزاعي فقال من مثل بعبد غيره أعتق عليه والجمهور على انه يتضمن ما نقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأثنى النبي صلى الله عليه وسلم على ما فعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم لم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها فلم يبلغ في القوة ان يخص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان احد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك

فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة إلا داود وأصحابه فانهم لم يزوا أن يعتق أحد على أحد من قبل قريبي والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة، أحدها أصوله وهم الآباء والأجداد والجندات والامهات وأبائهم وأمهاتهم وبالجملية كل من كان له على الإنسان ولادة . والثاني فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سلفوا وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملية كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو أنثى، والثالث الفروع المشتركة له في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا لأب وأم أو لأب فقط أو لأم فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة . وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الأعلى والأسفل ومخالفه في الاخوة . فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فأوجب عتق كل ذى رحم محرم بالسب كالعم والعمة والحال والحالة وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الإنسان فهو محرم . وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام : لا يجزى ولد عن والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه . خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور بفهم من هذا أنه إذا اشتراه وجب عليه عتقه وإنه ليس يجب عليه شراؤه . وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه إذا اشتراه قالوا لأن إضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ إلا أن يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ملك ذارحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الآباء . وقد رامت المالكية أن تحتج لذهبها بان النبوة صفة هي ضد العبودية وإنه ليس يجتمع معها لقوله تعالى (وما يلينى للرحمن أن يتخذ ولدا إن كل من في السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبدا) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فإن هذه عبودية معقولة ونبوة معقولة العبودية التي بين المخلوقين والموالاية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعنى بالوضع لا بحال . فلهذا كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وإنما أراد الله تعالى أن النبوة تساوى الأبوة في جلس الوجود أو في نوعه أعنى أن الموجودين الذين أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جدا حتى انهما إما أن يكونا من نوع واحد أو من جلس واحد ومادون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جلس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح أن يكون في الموجودات التي هنا شيء نسبته إليه نسبة

الاب الى الابن بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعنى تباعد طرفيهما في الشرف والحسنة ضرب المثال بها أعنى نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الاب والابن والرحمة والرافة والشفقة أجاز أن يقول في الناحية أنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعاقب الذي يدخل على الانسان بغير اختياره . وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بمقتضىهم وخالف أشهب وأصنع مالك في العتق المبطل في المرض فقالا جميعا إنما القرعة في الوصية وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المدبر ولا خلاف في مذهب مالك ان المدبرين في كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبطل اذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعي وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلاً عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضاً بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثاً وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلاً سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة أهل الحجاز مارواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلاً أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخاري ومسلم مسنداً وأرسله مالك وعمدة الحنفية ماجرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق الآحاد اذا خالفها الأصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاماً فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الاصل ليس بيننا من قواعد الشرع في هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا عتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد ألزم الشرع ببعض العتق ان يتم عليه

بخلاف ما لم يمكن هنا ان يتم عليه جمع في اشخاص باعيتهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبعض العتق فلذلك كان الاولى ان يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع في اشخاص باعيتهم أصله حق الناس. واختلفوا في مال العبد اذا أعتق لمن يكون خفالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة وأشوري وأحمد وإسحق وبالثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق عبداً فماله له الا ان يشترط السيد ماله. وأما الفاظ العتق فان منها صريحاً ومنها كناية عند أكثر فقهاء الامصار الالفاظ الصريحة فهو أن يقول أنت حر أو أنت عتق وباتصرف من هذه فهذه الالفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده لاسيل لي عليك أولاً ملك لي عليك فهذه ينوي فيها سيد العبد هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده يا بني أو لامته يابلي أو قال يا بني أو يا أمي فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذّزفر فقال لو قال السيد لعبده هذا ابني عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم خيمن قال لعبده ما أنت إلا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصري ومن هذا الباب أيضاً من نادى عبداً من عبده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال نعماً أردت الاول فقبل بمقتان عليه جميعاً وقيل ينوي وانفقوا على أن من أعتق ما في بطن أمته فهو حر دون الام واختلفوا فيمن أعتق أمة واستتى ما في بطنها فقالت طائفة له استثناءه وقالت طائفة لها حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعنى قول القائل لعبده أنت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام: لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرق الثانية تشبيههم ابناء باليمين والفاظ هذا الباب شبيهة باللفظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق. وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الابناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذّز قوم فقالوا الا أن يكون الاب عريباً ومنها اختلافهم في العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعي والشافعي وانفقوا على جواز اشتراط

الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق. واختلفوا فيمن قال لعبد أن يعتقه فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم إن باعه يعتق عليه أعني من مال البائع إذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الكتابة ﴾

والنظر الكلى في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها : أما الأركان فثلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقبة والمعقود عليه وصفاتها ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من هذه الأجناس .

﴿ القول في مسائل العقد ﴾

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب . إليه فقال فقهاء الأمصار إنه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واخرجوا بظاهر قوله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا) والأمر على الوجوب وأما الجمهور فأنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل وأيضافه لما لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض فاحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكة وذلك أن كسب العبد هو له سيده وهذه المسألة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فأركان هذا العقد الثمن والمثمن والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فأنهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلوما بالعلم الذي يشترط في البيوع واختلفوا إذا كان في لفظه إبهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر في هذا طلب المغالبة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة

وعدم التشاج جواز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيد من جنس الربا مالا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتعدل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعا وعمدة من أجازوه أنه ليس بين السيد وعبد ربالا له وماله له وإنما الكتابة سنة على حدتها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز ان تكون مؤجلة واختلفوا في هل تجوز حالة وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطاعا لا كتابة وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فوضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس بيده فقال الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخروا أصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد إلى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب له هذه الكتابة إلا أنه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يظأها وذلك أنه إذا لم يكن له مال حاضر أدى إلى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة و-اصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه إذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعبد قد كاتبك على ألف درهم فإذا أديتها فانت حر أنه إذا أداها حر واختلفوا إذا قال له قد كاتبك على ألف درهم وسكت هل يكون حراً دون أن يكون فإذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لأن اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حراً حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبد انت حر وعليك ألف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه وأما أن قال انت حر على أن عليك ألف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فإن اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والابقى عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق إذا أدى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويرد ان إلى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أغنى كتابة مثله في الزمان والشمس ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المبكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى

(وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَانَاكُمْ) وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا العون المنكبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شيء وبعضهم حده وأما المنكائب ففيه مسائل إحداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير إذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم فأجازها أبو حنيفة ومنعها الشافعي إلا للبالغ وعن مالك القولان جميعاً فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبد ما لا يجوز بين الأجانب وإن المقصود من ذلك إنما هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد فإن العلماء اختلفوا في ذلك ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاً عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم إلا باعتق جميعهم فيه أيضاً خلاف فأما هل يجوز الجمع فإن الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو أحد قولي الشافعي وأما هل يكون بعضهم حملاً عن بعض فإن فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعني حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك إلا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم إذا أدى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر لأن قدر ما يلزم واحداً واحداً من ذلك مجهول وعمدة من أجازته أن الغرر اليسير يستخف في الكتابة لأنه بين السيد وعبد والعبد وماله لسيد وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الأجنيين فمن رأى أن حمالة الأجنيين في الكتابة لا تجوز قال لا تجوز في هذا الموضع وإنما منعوا حمالة الكتابة لأنه إذا عجز المنكائب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كأنه ليس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض إنما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة إلا أن يقال أيضاً إن الجمع يكون سبباً لأن يخرج حراً من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود برق من يقدر على السعي كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي وأما أبو حنيفة فشبهها بخمالة الأجنبي مع الأجنبي في

المحقق التي تجوز فيها الحالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا أيضا لا يجوز حمالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه ووفرت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك والثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد والثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي له قوله قول آخر مثل قوله مالك وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لادى الى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه وذلك لا يجوز الا في تبعض العتق ومن رأى أن له أن يكتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة إذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لا يوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل أن لا يوافقه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذه منه الشريك الثاني نصيبه ويرجع بالباقي على العبد فيسمى له فيه حتى يتم لهما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول . وأما هل تجوز مكانبة من لا يقدر على السعي فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعي لقوله تعالى (ان علمهم فيهم خيرا) وقد اختلف العلماء ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعي الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة أنها كتبت على ان تسأل الناس وكره مالك أن يكتب الامة التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الأم الولد اذا ليس له عند مالك أن يستخدمها .

(القول في المكاتب)

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكتب عبده أم لا وسيأتى هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكتب العبد المأذون له في التجارة لان الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا أن يجيز الغرماء ذلك اذا كان في ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن رقبته أو ما كتابة المريض فانها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون

من الثلث كالعق وسواء وقد قيل ان حابي كان كذلك وان لم يحاب سعى فان أدى وهو في المرض عتق وتجاوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كإيبيع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالاركان أغنى المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى في هذا المقصد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل ان يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة فمن لا يدخل وتميز ما بقى عليه من حجر الرق بما لم يبق عليه فلنبداً بذكر مسائل الاحكام المشهورة التي في جنس جلس من هذه الاجناس الخمسة .

﴿ الجنس الاول ﴾

فاما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقى عليه من كتابته شيء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة ، والثاني انه يعتق منه بقدر ما أدى ، والثالث انه يعتق ان أدى النصف فأكثر ، والرابع ان أدى الثلث ولا فهو عبد وعمدة الجمهور ماخرجه أبو داود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشرة أواق فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياها بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه الى أجل وقد مات وعمدة من رأى انه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : يؤدي المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر مارق منه دية عبد خرجه المسائي والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف في احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه رؤى من صحيفة وبهذا القول قال على أغنى بحديث ابن عباس وروى عن عمرو بن الخطاب انه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان في ذلك سنة بلغتهم وفي المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقي غريم في باقي المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذي اعتمدته فقهاء الامصار

وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك في موطنه وأيضاً فهو أحوط لاموال السادات ولان في المبيعات يرجع في عين المبيع له اذا افلس المشتري .

﴿ الجنس الثاني ﴾

واما متى يرق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم ، واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعي الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي في حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أى بين العبد والسيد وتصيل مذهب مالك في ذلك ان العبد والسيد لا يخلوان يتفقا على التعجيز أو يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجيز وبأباه العبد أو بالعكس أعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز وأما اذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الامر من قسمين ، أحدهما ان يكون دخل في الكتابة ولد أو لا يكون فان كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان ، أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والآخرى انه يجوز له ذلك فاما ان طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال أو كانت له قوة على السعى واما ان اراد السيد التعجيز وبأباه العبد فانه لا يجوز عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الاداء وترجع الى عمدا دلتهم في اصل الخلاف في المسئلة فعمدة الشافعي ما رواه ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى اريد ان تشتريني وتعتقيني فقالت لها ان اراد أهلك فجاءت أهلها فباعوها وهي مكاتبه خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون القزوم فيها اوالخيار مستويا في الطرفين واما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فتخرج عن الاصول وعللوا حديث بريرة بان الذى باع أهلها كانت كتابتها لارقبتها والحنفية تقول لما كان المقلب في الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد أصله النكاح لانه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم في حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له ان يسترجع الصداق

(الجنس الثالث)

وأما حكمه إذا مات قبل أن يؤدي الكتابة فانفقوا على أنه إذا مات دون ولد قبل أن يؤدي من الكتابة شيئاً أنه يرق واختلفوا إذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فإن ترك مالا فيه وقاه للكتابة أدوه وعتقوا وإن لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يمتقوا وإن لم يكن عندهم لآمال ولا قدرة على السعي رفقوا وأنه إن فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار وأنه ليس يرثه إلا ولده الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من وارثيه إن كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة وقال أبو حنيفة أنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وأولاده الأحرار وسائر ورثته وقال الشافعي لا يرثه بنوه الأحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وماله لسيده وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الأب عنهم وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بآب وطها قال بعضهم تستبر القيمة وهو قول الشافعي وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرأس وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له في الكتابة لأن من ولد له أولاد في الكتابة فهم تبع لأبيهم وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حلاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي وعمدة الفريق الثاني أن الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطئه مثل قول الكوفيين في سبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك أنه يموت مكاتباً وعند أبي حنيفة أنه يموت حراً وعند الشافعي أنه يموت عبداً وعلى هذه الأصول بنو الحكم فيه فعمدة الشافعية أن العبودية والحرية ليس بينهما وسط وإذا مات المكاتب فليس حراً بعد لأن حرثته إنما يجب بأداء كتابته وهو لم يؤديها بعد فقد بقي أنه مات عبداً لأنه لا يصح أن يعتق الميت وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه لأنه ليس له أن يرق نفسه والحرية يجب أن تكون حاصلة له بوجود المال لا يدفعه إلى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الأحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكمه بحكم الأحرار والمسئلة في حد الاجتهاد وما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعي وأرادت الأم

ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان أم الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة اليها والى بنيتها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعى وترك أم ولد لا يستطيع السعى انها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة وعند أبى يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند أبى حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد اعتقت والا رقت وقال أتتبع يعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا ولدوا في الكتابة وانما عليهم السعى وعلى أصل أبى حنيفة يكون حراً ولا بد ومذهب ابن القاسم كانه استحسن .

الجنس الرابع

وهو النظر فيمن يدخل منه في عقد الكتابة ومن لا يدخل وانفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيدك وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له في الكتابة فيها واختلفوا في أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الأوزاعي يدخل بالشرط أعنى اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك .

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر وما بقى من أحكام العبد فيه فنقول أنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده فانه محجور عليه في هذه الأمور وأشباهاها أعنى أنه ليس له أن يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها أنه اذا لم يعلم السيد يهبه أو يعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجاعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان قاسدا وعمدة من أجازها ان السبب المانع من ذلك

قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد بـ وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فن قال من شرط الصحة لم يعجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو اذن هذا كله عند من اجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعاً والذين اجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيدته وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء على كل حال لسيدته وعمدة من لم يعجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعنت ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى أن الولاء للسيدان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحيان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده وابعاح بعضهم النكاح له وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يعجز السيدان يشترطه على المكاتب وأجاز ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في جواز السفر ان به يقوى على التكسب في أداء كتابته وبالجمله فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال ، أحدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز أن يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال أبو حنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له أن يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرها ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبداً له فأجاز ذلك مالك ما لم يرد به المحابة وبه قال أبو حنيفة والثوري والشافعي قولان ، أحدهما اثبات الكتابة والآخر إبطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبهه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن أعنت ولا ولاء للمكاتب لأنه ليس بحرر واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء واختلفوا في وطء السيد أمتة المسكنة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل آت فأشبهه النكاح الى أجل وعمدة

الفريق الثاني تشبيهها بالمديرة وأجفوا على أنها ان عجزت حل وطؤها واختلف
الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لا حد عليه لانه وطء
بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا في ايجاب الصداق لها والعلماء فيها أعلم على
أنه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما
يختص به العبد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا
بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم يبعه جائز ما لم يؤد شيئاً من
كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئاً وقال بعضهم اذا رضى المكاتب
بالباع جاز وهو قول الشافعي لان الكتابة عنده ليست به قد لازم في حق العبد واحتج
بحديث بريرة اذا بيعت وهي مكتوبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض
العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا
وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ذلك وأجازها
مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك
رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين وفي ذلك أثر عن
النبي صلى الله عليه وسلم : أعني في الشفعة في الدين ومذهب مالك في بيع الكتابة أنها أن
كانت بذهب أنها تجوز وبعرض معجل لا مؤجل لما يدخل من الدين بالدين وان
كانت الكتابة بغير كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بغير عرض مخالف واذا اعتق
غولاً أو للمكاتب لا للمشتري ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيدان يجبر عبده على
الكتابة أم لا .

واما شروط الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر
أركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضي وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا
تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها
شروط جائزة لازمة وهذه كلها هي مبسوطة في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب
فروع وإنما هو كتاب اصول والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد
شروط الصحة المشروعة في العقد والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي الى اخلال
بالشروط المصحة للعقد ولا تلازمها فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وإنما
يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة او ليس منها
وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك
سجلنا ثالثاً من الشروط وهي الشروط التي ان تمسك بها المشرط فسد العقد وان لم
يتمسك بها جاز وهذا ينبغي ان تفهمه في سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة في هذا

الباب اذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر أو نحوه وقوى على أداء نجهومه قبل محل
أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا أدى
جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ويأثنى بذلك الشرط وهو
مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم أن
يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على أن يخدمه
سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط
لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب وهنالك مسائل تذكر في هذا
الكتاب وهي من كتب آخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على
انها فروع تابعة للأصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ولذلك كان
الاولى ذكرها في هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبته
ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعي يفسخ النكاح لأنها ملكت جزءاً
منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذي
ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقة المكاتب وهذه المسئلة هي أحق بكتاب النكاح
ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل
يخاص سيده الغرماء أم لا فقال الجمهور لا يخاص الغرماء وقال شريح وابن أبي ليلى
وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يفترق ما بيده
هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعي وابن حنيفة لا سبيل لهم الى رقة وقال
الثوري واحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات
انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل يخاص سيده الغرماء اولا يخاص
هو من كتاب التفليس والقول في جنايته وهو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية
التي هي فروع في هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف
السيد والمكاتب في مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي
ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياساً على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة
لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب
مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهي قريبة من المسموع فينبغي ان تثبت في
هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اتبسات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها
بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في الكتاب كما
قلنا غير مأمرة انما هو ان تثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف
فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شرب الخلاف فيها بين فقهاء الامصار

فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجري للمجتهد مجرى اصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب في نازلة تنازلة من النوازل أعني أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يقتضى على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب ان نضع في مذهب مالك كتابا جامعاً لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الاصول لتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جيل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيد أن في قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعمل من اللغة والعربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان أخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب « بداية المجتهد وكفاية المقتصد » .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب التدبير ﴾

والنظر في التدبير في أركانه وفي أحكامه . أما الاركان فهي أربعة المعنى . واللفظ والمدير . والمدير . وأما الاحكام فصنفان احكام العقيد وأحكام المدير .

﴿ الركن الاول ﴾

فنقول أجمع المسلمون على جواز التدبير وهو أن يقول السيد لعبده أنت حر عن دبر مني أو يطلق فيقول أنت مدبر وهذا انهما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على

صنفين منهم من لم يفرق بينهم وبينهم من فرق بين التدبير والوصية بأن يجعل التدبير لازماً والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التدبير أعني إذا قال أنت حر بعد موتى فقال مالك إذا قال وهو صحيح أنت حر بعد موتى فالظاهر أنه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها إلا أن يريد التدبير وقال أبو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ويقول مالك قال ابن القاسم ويقول أبي حنيفة قال أشهب قال إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضاً وما أشبه ذلك من الأحوال التي جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعي ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير . وأما على مذهب من يفرق فهو إما من كنيات التدبير وأما ليس من كنياته ولا من صريحه وذلك أن من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كنياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كنياته . وأما المدبر فأنفقوا على أن الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه . واختلفوا في حكم من ملك بعضاً فدبره فقال مالك يجوز ذلك والذي لم يدبر حظه خياران . أحدهما أن يتقاوماته فإن اشتراه الذي دبره كان مدبراً كله وإن لم يشتره انتقض التدبير ، والخيار الثاني أن يقومه عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات إن شاء استمسك بحصته وإن شاء استسعى العبد في قيمة الحصص التي له فيه وإن شاء قومها على شريكه إن كان موسراً وإن كان معسراً استسعى العبد وقال الشافعي يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ما هو عليه فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفصل في سنة العتق لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هي من الأحكام لأمم الأركان أعني أحكام المدبر فلتثبت في الأحكام وأما المدبر فأنفقوا على أن من شروطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً أو مريضاً وإن من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدين بماله لأنهم أنفقوا على أن الدين يبطل التدبير . واختلفوا في تدبير السفينة فهذه هي أركان هذا الباب . وأما أحكامه فأصولها راجعة إلى اجناس خمسة : أحدها ماذا يخرج المدبر هل من رأس المال أو الثلث ، والثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه أعني مادام مدبراً ، والثالث ما يتبعه في الحرية مما

ليس يتبعه . والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه . والخامس في أحكام تبعض التدبير .

(الجنس الاول)

فاما مما اذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المدبر من الثلث الا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث لانه رواه علي بن طيبان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلى بن طيبان متروك الحديث عند أهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرج الانسان من ماله في حياته فأشبهه الهبة . واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له في صحته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاما آخر فضايق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان في الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق المبطل لانه لا يجوز له رده ومن أصله انه يحوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي أحق بكتاب الوصايا.

(وأما الجنس الثاني)

فأشهر مسئلة فيه هي هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ليس للسيد أن يبيع مدبره وقال الشافعي وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثورله ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعي لا يباع الا من رجل يربد عتقه . واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال ابو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشتري أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً وربما شبهوه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» لانه عتق الى أجل فأشبهه أم الولد أو أشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص أو العموم للخصوص ولاخلاف بينهم ان المدبر احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد . واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة فجمهور

العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعي كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهه بالمتعة الى اجل ومن منع وطأ المعتقة الى اجل شبهها بالمنكوحه الى اجل وهي المتعة واتفقوا على ان للسيد في المدير الخدمة ولسيده ان ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الا ان يمرض مرضاً مخطوفاً فيكره له ذلك .

﴿ الجنس الثالث ﴾

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدير الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح او زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعقها ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند أصحابه أنهم لا يعتقون بعقها . واجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها في حياته أنهم يعتقون بعقها وعمدة الشافعية أنهم اذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى ان لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضا باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما فأوجبوا اتباع الولد تشبيها بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول . وتحصيل مذهب مالك في هذا ان كل امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحراً وان كانت مكاتباً فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر أو معتقة الى اجل فعتق الى اجل وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها وخالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعقه عند مالك . وأجمع العلماء على ان كل ولد من ترويج فهو تابع لأمه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربي وأجمعوا على ان كل ولد من ملك يمين انه تابع لآبيه ان حراً فحراً وان عبداً فعبداً وان مكاتباً فمكاتباً . واختلفوا في المدير اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعني انه مدبر وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس يتبعه ولد في التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ماعدا المدير وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية ان ولد المدير مال من ماله ومال المدير للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

﴿ الجنس الرابع ﴾

وأما النظر في تبعض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظاله في عبده دون أن يدبر شريكه ونقله إلى هذا الموضع أولى فينقل إليه . وأما من دبر جزأ من عبده وله كله فإنه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا على من بعض العتق عند مالك .

(وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير)

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله حو قال أبو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستقرا للقيمة أو لمضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبدا له نصرانيا فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخرج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يدين أمر سيده فإن مات عتق المدبر مالم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون إذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته . ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض إذا ضاق الثلث عنهما .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب أمهات الاولاد)

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا وإن كانت لا تباع متى تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد ولا يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ومتى تكون حرة :

(أما المسئلة الأولى) فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم قال ثابت عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بأنها لا تباع وإنها حرة من رأس مال سيدها إذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان أبو بكر الصديق وعلي رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدري

يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وجابر وأبو سعيد كنه
 نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا
 بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى
 الله عليه وسلم وأبى بكر وصدرأ من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما
 اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب
 حال الاجماع وذلك أنهم قالوا لما انعقد الاجماع على أنها مملوكة قبل الولادة وجب
 أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب
 الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لا يصح عند من يقول بالقياس وإنما يكون ذلك
 دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو
 الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك أنهم يقولون أليس تعرفون ان الاجماع
 قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال
 هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا أن التأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الاصل
 نقضا وذلك أنهم لا يسمعون منع بيعها حاملا وبما اعتمده الجمهور في هذا الباب من
 الاثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم :
 اعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
 ايما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند
 أهل الحديث حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن
 وربما قالوا أيضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضها
 منها وحكوا هذا الإميل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لا يبعن فقال خالطت لحومنا
 لحومهن ودمائنا دماهن واما متى تكون أم ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون
 أم ولد اذا ملكها قبل حملها منه. واختلفوا اذا ملكها وهي حامل منه او بعد أن ولدت منه فقال مالك
 لا تكون ام ولد اذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة تكون
 أم ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل والقياس أن تكون أم ولد
 في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق أن يبيع المرء أم ولده
 وقد قال عليه الصلاة والسلام : بعثت لاتم مكارم الاخلاق - وأما بماذا تكون
 أم ولد فان مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة وقال
 الشافعي لا بد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الحلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى
 ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما يبق فيهما من أحكام
 العبودية فانهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرض جراحها

كلامه وجهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها اذا زنت رقت. واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبته بالبيع لم يملك استجارته الا انه يرى ان اجارة بنيتها من غيره جائزة لان حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعي ان عقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها فبسبب الخلاف تردد اجارته بين اصليين احدهما وطؤها ، والثاني بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شيئا . وأما متى تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هو اذ اقامت السيد . ولا أعلم الا آن أحدا قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجنایات ﴾

والجنایات التي لها حدود مشروعة اربع جنایات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا . وجنایات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا . وجنایات على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمي حرابة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمي بغيا وما خوذ على وجه المغافصة من حرز سمي سرقة وما كان منها بعلوم مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا . وجنایات على الاعراض وهو المسمى قذفا . وجنایات بالتعدي على استباحة ما حرمة الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الحر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدىء منها بالحدود التي في السماء فنقول ان الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال وهو الذي يسمى الدية فاذا النظر أولا في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص ينقسم إلى القصاص في النفوس وإلى القصاص في الجوارح والنظر أيضا في الديات ينقسم إلى النظر في ديات النفوس وإلى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم أولا هذا الكتاب إلى كتابين أولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثاني يرسم عليه كتاب الديات .

﴿ كتاب القصاص ﴾

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر في القصاص في النفوس والثاني
النظر في القصاص في الجوارح فليبدأ من القصاص في النفوس .

﴿ كتاب القصاص في النفوس ﴾

والنظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر في الموجب أغنى الموجب
لقصاص ، وإلى النظر في الواجب أغنى القصاص وفي ابداله ان كان له بدل فليبدأ أولاً
بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر في صفة القتل والقاتل الذي
يجب بمجموعها والمقتول القصاص . فانه ليس أى قتل اتفق يقتص منه ولا بأى قتل
اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود اذ
كان المطلوب في هذا الباب انما هو العدل فليبدأ من النظر في القاتل ثم في القتل .
ثم في المقتول .

﴿ القول في شروط القاتل ﴾

ف نقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً
مختاراً لقتل مباشراً غير مشترك له فيه غيره . واختلفوا في المكره والمكره وبالجملة الأمر
والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجاعة القتل على المباشر دون
الآمر ويعاقب الأمر وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهذا اذا لم يكن هناك إكراه
ولا سلطان للأمر على المأمور وأما اذا كان للأمر سلطان على المأمور أغنى المباشر
فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الأمر دون المأمور ويعاقب
المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أجد قولى الشافعى وقال قوم يقتل المأمور
دون الأمر وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم
يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات في
الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه
حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب
مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى
قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور بالإكراه ولا الأمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الأمر

فقط شبه المأمور بالآلة التي لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل انساناً فيأكله وأما المشارك للقاتل عمداً في القتل فقد يكون القتل عمداً وخطئاً وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما إذا اشترك في القتل عامد ومخطيء أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فإن العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد القصاص وعلى المخطيء والصبي نصف الدية إلا أن مالكا يجعله على الماقلة والشافعي في ماله على ما يأتي وكذلك قالوا في الحر والعبد يقتلان العبد عمداً أن العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال في المسلم والذي يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية أن هذه شبهة فإن القتل لا يتبعض ويمكن أن تكون اقامة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام : ادروا الحدود بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف في القياس . وأما صفة الذي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان عمد وخطأ . واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الأمصار والمشهور عن مالك نفيه إلا في الابن مع أبيه وقد قيل أنه يخرج عنه في ذلك رواية أخرى وبإثباته قال عمر بن الخطاب وعبيد بن ربيعة بن ثعلبة وأبو موسى الأشعري والمغيرة ولا يخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الأغلب إلى الآلات التي بها يقع القتل وإلى الأحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في النقل أي ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن فعمدة من نفي شبه العمد أنه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعني بين أن يقصد القتل أو لا يقصد وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لا يطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب أعني

حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ هذا في حقنا لا في حق الآمر في نفسه عند الله تعالى أما شبهة للعمد فمن جهة ما قصد ضربه وأما شبهة للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يصعد به القتل وقد روى حديث مرفوع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: لا أن قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والمصا والحجر دية، غلظة مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها إلا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وإن كان أبو داود وغيره قد خرجوه فهذا النحو من القتل عند من لا يشبهه يجب به القصاص وعند من أثبتته تجب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والثأرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الأدب لمن أبيح له الأدب وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً للمقاتل والذي به تختلف النفوس هو الإسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية أو الانوثة والواحد والكثير. واتفقوا على أن المقتول إذا كان مكافئاً للمقاتل في هذه الأربعة إلا أنه يجب القصاص واختلفوا في هذه الأربعة إذا لم تجتمع أما الحر إذا قتل العبد عمداً فإن العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد المقاتل أو عبد غير المقاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام: المسلمون نتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فيسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر وكذلك إلا بنقص بالاعلى ومن الحجة أيضاً لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر. وأما قتل المؤمن بالكافر الذمي فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر ومن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجماة وقال قوم يقتل به ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبجه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الأول ما روى من حديث علي أنه سأله قيس بن عباد والاشتر

هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابي هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من أحدث حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خروجه أبوداود وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك باجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربي الذي آمن وأما أصحاب أبي حنيفة فاعتمدوا في ذلك آثارا منها حديث يرويه ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبيلة برجل من أهل الذمة وقال أنا أحق من وفي بعهده وزووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر أي انه أريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما رووا من ذلك عن عمر وأما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمي قالوا فاذا كانت حرمة ماله حرمة مال المسلم فحرمة دمه حرمة دمه ^ب فسيب الخلاف تعارض الآثار والقياس وأما قتل الجماعة بالواحد فان الجمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال عمر حتى روى انه قال لو تملا عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعا وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وزوى عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع ايد بيد أعنى اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل النفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتي هذا في باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل إنما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى «واكم في القصاص حياة يا أولي الاباب» واذا كان ذلك كذلك فلم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يعتمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض أن يقول ان هذا إنما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن اتلاف النفس غالبا على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى «وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين»

وأما قتل الذكر بالأنثى فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه إجماع الأماحكي عن علي من الصحابة وعن عثمان التبي أنه إذا قتل الرجل بالمرأة كان علي أولياء المرأة نصف الدية وحكي القاضي أبو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري أنه لا يقتل الذكر بالأنثى وحكاه الخطابي في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوي لقوله تعالى (والأنثى بالأنثى) وإن كان يعارض دليل الخطاب هنا العموم الذي في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدخله أن هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا وهي مسألة مختلف فيها أعني هل شرع من قتلنا شرع لنا أم لا والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب في الأب والابن فقال مالك لا يقاتل الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبجه فاما أن حذفه بسيف أو عصى فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري لا يقاتل الوالد بولده ولا الجد بحفيده إذا قتله بأي وجه كان من أوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : لانقام الحدود في المساجد ولا يقاتل بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصص بين المسلمين ~~في~~ وسبب اختلافهم ما رووه عن يحيى بن سعيد عن عمر بن شبيب أن رجلا من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف قاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قد يد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الأبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه ثم قال بن أخو المقتول فقال ها أنا ذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شيء فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضاً وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لإجماعهم أن من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأما مالك فرأى لما للأب من التسلط على تأديب ابنة ومن المحبة له أن حمل القتل الذي يكون في أمثال هذه الأحوال على أنه ليس بعمد ولم يهتم إذ كان ليس بقتل غيلة فأنما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غيلة الظن وقوة التهمة إذ كانت النيات لا يطلع عليها إلا الله تعالى فمالك لم يهتم الأب حيث أتهم الأجنبي لقوة المحبة التي بين الأب والابن والجمهور إنما عللوا درء الحد عن الأب لمكان حقه على الابن والذي يجيء على أصول أهل الظاهر أن يقاتل هذا هو القول في الموجب .

(وأما القول في الموجب) فاتفقوا على أن لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو

أما على الدية وأما على غير الدية. واختلفوا هل الانتقال من القصاص إلى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولي الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه أم لا تثبت الدية إلا بتراضى الفريقين أعنى الولي والقاتل وأنه إذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولي الدم إلا القصاص مطلقاً أو العفو فقال مالك لا يجب للولي إلا أن يقتص أو يفو عن غير دية إلا أن يرضى المقتص منه بإعطاء الدية القاتل وهي رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجاعة وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولي الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية رضى القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك إلا أن المشهور عنه هي الرواية الأولى فعمدة مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن للربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كتاب الله القصاص فلم يدلل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص وعمدة الفريق الثاني حديث أبي هريرة الثابت من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يفوها حديثان متفق على صحتهما لكن الأول ضعيف الدلالة في أنه ليس له إلا القصاص والثاني نص في إزالة الخيار والجمع بينهما يمكن إذا رفع دليل الخطاب من ذلك فإن كان الجمع واجباً وممكناً فالمصير إلى الحديث الثاني واجب والجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن وأنه أولى من الترجيح وأيضاً قالت الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) وإذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله إذا وجد الطعام في شحمة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ويلزم على هذه الرواية إذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الأخوة (قال القاضي) وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدي رحمه الله فافقني أهل زمانه بالرواية المشهورة وهو أن لا ينتظر الصغير فافقني هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر أن يضع في ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس والنظر في هذا الباب هو في قسمين في العفو والقصاص والنظر في العفو في شيئين أحدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب أهل الدم في ذلك وهل يكون له العفو على الدية أم لا وقد تكلمنا في هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك إنهم اجتمعوا على أن المقتول عمداً إذا كان له بنون بالفون فمما أحدهم أن القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا في اختلاف البنات

مع البنين في العفو او في القصاص وكذلك الزوجة او الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص او ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر في الزوجة والزوج وقال ابو حنيفة والثوري واجد والشافعي كل وارث يعتبر قوله في اسقاط القصاص وفي اسقاط حظه من الدية وفي الاخذ به قال الشافعي الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انما هي للذكر ان دون الاناث واختلف العلماء في المقتول عمداً اذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك في المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك ومن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعي وهذا أحد قولي الشافعي وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوهم وللأولياء القصاص أو العفو ومن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعي بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولي في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي انما هو حق المقتول فتاب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالحيار من الذي أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على ان قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له ان المراد بالمصدق هاهنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من تعود الضمير في قوله فهو كفارة له ف قيل على القائل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من دنوبه وخطاياهم وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوهم من ذلك في ثلثه الا أن يجيزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله ومن قال به طاوس والحسن وعمدة الجمهور أنه واهب ماله له بعد موته فلم يجز الا في الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية إنه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أخرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة هي أخص بكتاب الديات واختلاف العلماء إذا عفا المجروح عن الجراحات فتاب منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤل اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجراح الدية كلها واختاره المزني من أقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقي منها بعد اسقاط دية

الجرح الذي عفا عنه وهو قول الثوري وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لأنه إذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولي فأحرى أن لا يسقط عفوه عن الجرح ~~م~~ واختلفوا في القاتل عمداً يعني عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث أنه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤديه الأمام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الأولى إلا أثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لا يكون إلا بتوقيف ولا توقيف ثابت في ذلك .

(القول في القصاص)

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ومن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص في النفس فإن العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التي قتل فمن قتل تغريقاً قتل تغريقاً ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعي قالوا إلا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه بآي وجه قتله لم يقتل إلا بالسيف وعمدتهم ما روى الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قود إلا بالحديدة وعمدة الفريق الأول حديث أنس أن يهودياً رضع رأس امرأة بحجر فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله كتب عليكم القصاص في القتلى (والقصاص يقتضى المائلة وأما بمن يكون القصاص فالظاهر أنه يكون من ولي الدم وقد قيل أنه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجوز فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته وإلا والاعذار إلى القاتل في ذلك إن لم تكن مقرا واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل إذا قتلت عمداً أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها كل كتاب القصاص في النفس واختلفوا في القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقبض منه من أجل أنه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يتعرض لمن سمه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجراح ﴾

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولابد أنما فيه القصاص والنظر أيضا هاهنا في شروط الجراح والمجروح الذي به يحق القصاص والمجروح وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص وفي بدله ان كان له بدل

(القول في الجراح)

ويشترط في الجراح ان يكون مكلفا كما يشترط ذلك في القاتل وهو ان يكون بالغا عاقلا والبلوغ يكون بلا حتم والسن بالاخلاق وان كان الخلاف في مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعي ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتصر منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضوا واحدا فقال أهل الظاهر لا تقطع يدا في يد وقال مالك والشافعي تقطع الأيدي باليد الواحدة كما تقتل عندهم النفس بالنفس الواحدة وفرقت الخنقية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضو وتقتل نفس بنفس وعندهم أن الاطراف تتبع نفس وازهاق النفس لا يتبع بعض واختلف في الانبيات فقال الشافعي هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه في الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والاصل في هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرض له يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أن وهو ابن خمسة عشرة سنة .

(القول في المجروح)

وأما المجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا لدم الجراح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص من العبد من العبد

كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للادنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الاحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال . أحدها أن القصاص بينهم في النفس وما دونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروي عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك . والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وأنهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها وبه قال أبو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الأول قوله تعالى (والمبد بالبد) وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين أن عبدا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فأنوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

(القول في الجرح)

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد أعني الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح أولا يتلف فإن كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا وأما أن جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالبا أو على وجه الادب فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والادب بما لا يقتل غالبا فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول إن القاتل بالثقل لا يقتل وهو شذوذ منه أعني بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية إن كان الجرح مما فيه الدية وأما إن كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح فن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة فتقطع العضو غالبا أو ضربه على وجه الثائرة فلا خلاف أن فيه القصاص وأما إن ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقا عينه فالتدى عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب (٢٢٤ - ج ٢)

أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الاب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف
ومحمد الى أن شبه العمد انما هو في النفس لا في الجرح واما ان جرحه
قاتل عضوا على وجه اللعب ففيه قولان . أحدها وجوب القصاص ، والثاني
فيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية
الخطأ أعنى فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف . وأما ما
يجب في جراح العمد اذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى
(والجروح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص
ولم يخش منه تلف النفس وانما صاروا لهذا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع
القيود في المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى
هذه من الجراح التي هي متنافسة مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما
أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة مرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية
وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوى في القصاص مثل الاقتصاص من
ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل
أن يفتأ أعمى عين بصير . واختلفوا من هذا في الاعور يفتأ عين الصحيح عمدا فقال
الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيد منه فله القيود . واختلفوا اذا عفا عن القيود فقال
قوم ان أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف
الدية وبه قال الشافعي وهو أيضا منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم
وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح
الذي فقت عينه الا القيود أو ما اصطلاحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه
الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين
الاعور بمنزلة عينين فمن فقهاها في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة وإلى نحو هذا ذهب
من رأى أنه اذا ترك القيود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن
قال بالقيود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لاصلة فتأمل فانه بين نفسه والله أعلم . وأما هل
المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلح
على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أحد قولي مالك
في الاعور يفتأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين أن يفتأ عين الاعور أو يأخذ
الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

(وأما متى يستفاد من الجرح) فعند مالك أنه لا يستفاد من جرح الا بعد
اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى أن

يعتبر ما يؤل إليه أمر الجرح مخافة ان يفضى الى اتلاف النفس . واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لا نثى على المقتص وروى عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة اذا مات وجب على طائفة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البني يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التي اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الاول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا نثى على الذي قطع يده وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ فوجب فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا للبرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقامنه وقد قيل أن المسكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن ويلبى أن نصير الى حكم الخطأ في ذلك ونبتدىء بحكم الخطأ في النفس .

كتاب الديات في النفوس

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف العلماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضاً بحسب العمد اذا رضى بها إما الفريقان وإما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها أعنى في أى قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب . فاما في أى قتل تجب فانهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والعصبي وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدرأ من ذلك وسيأتى بعد ذلك اختلافهم في تضمين الرأكب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الأبل مائة من الأبل وهي في مذهب مالك ثلاثة ديات ذية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهي عند مالك في الأشهر عنه مثل فعل المدلجى بابه . وأما الشافعي فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة ذية الخطأ والمغلظة ذية العمد ودية شبه العمد وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضاً ذية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده ذية في العمد وإنما الواجب عنده في العمد ما أصطلحوا عليه وهو حال عليه غير مؤجل .

وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ماروى عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده ارباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده اثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وهي الجوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجى بابنه وعند الشافعى أنها تكون في شبه العمد اثلاثا أيضا وروى ذلك أيضا عن عمرو بن دينار ثابت وقال أبو نؤير الدية في العمد اذا عفا ولى الدم أخماسا كدية الخطأ. واختلفوا في أسنان الابل في دية الخطأ فقال مالك والشافعى هي أخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا علي أنه جعلها أرباعا أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون وأليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الإباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روى عن حنيفة ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الى في ذلك الرواية عن علي لأنه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابى هذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء أن دية الخطأ أخماس وإن كانوا اختلفوا في الأصناف وقد روى أن دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعى والحسن البصرى وهؤلاء جعلوها خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنات لبون وخمسا وعشرين بنات مخاض كما روى عن علي وخرجه أبو داود وإنما صار الجمهور الى تخميس دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر وإن كان لم يتفقوا على بنى المخاض لأنها لم تذكر في أسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التربع في شبه العمد وإن

ثبت هذا النوع الثالث أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعي ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما ذونه فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التي تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق فاتهم اختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الابل بالغاما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بألف دينار وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المتقال بها في الزكاة وأما الشافعي فيقول ان الاصل في الدية اثنا هو مائة بعير وعمر أجماعهم فيها ألف دينار على أهل الذهب واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال ان الابل قد غلت ففرضها عمر على أهل الورق اثني عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة التي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئاً واحتج بعض الناس لما لك لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين لاجماعهم ان الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على ان الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المديون يوضع على أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة ألفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الاجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذي أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابي الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابي مائة من الابل فمد لها من الشاة ألف شاة ولان أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نصاً وعمدة الفريق الأول انه لو جاز ان تقوم بالشاة والبقرة لجاز ان تقوم بالطعام على اهل الطعام وبالحيل على اهل الحيل وهذا لا يقول به احد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب ، اما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار المسلمين واما على من تجب فلا خلاف بينهم ان دية الخطأ تجب على العاقلة وانه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا ترزوا رزوا اخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لا بى زمة لولده لا يحنى عليك ولا تجنى عليه ، واما دية العمد فجهورهم على انها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا يخالف له من الصحابة انه قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً في عمد وجهورهم على انها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الاوزاعى فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلة الدية وكذلك عندهم في قطع الاعضاء وروى عن عمر أن رجلاً فقاً عين نفسه خطأ فتضى له عمر بديتها على عاقلة واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية المغلظة على قواين واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة أنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعى عمد الصبي في ماله به وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والخطي ومن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عامد وصبي والذين أوجبوا على العمد الفصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعى على أصله في مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لفصاص بينهما . وأما متى تجب فانهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا أن يصطلحوا على التأجيل . وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قبل الاب وهم المصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالى العقل عند جهورهم اذا عجزت عنه المصبة الا داود فانه لم ير الموالى عصبه ولبس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على النفى دينار وعلى المقير نصف دينار وهي عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بنى أبيه ثم من بنى جده ثم من بنى بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هنالك ديوان وإنما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لا حلف

في الاسلام واما حلف كان في الجاهلية فلا يزيد الاسلام الا قوة والجملة
تتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا
عصبة له ولا موالى وهم السائبة اذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وان كان
خمل من يكون فقال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم
يجعل العقل على الموالى وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولده لمن اعتقه عليه
عقله وقال من جعل ولده للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال إن السائبة ان يوالى
من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف
بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الانوثة والكفر والعبودية
اما دية المرأة فانهم اتفقوا على انها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا فيما دون
النفس من العجاج والأعضاء على ما سيأتى القول فيه في ديات الجروح والأعضاء وأما دية أهل
اللقمة اذا قتلوا خطأ فان العلماء في ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم
ذكرائهم على النصف من ذكر ان المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال
مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين
والقول الثاني أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعى وهو مروي عن عمر بن
الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين ، والقول الثالث أن ديتهم مثل
دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة وهو مروي عن ابن مسعود وقدرى
عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روى عن
عمر بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على
النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ومن السنة ما رواه معمر عن الزهري
قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل في بيت المال
يصنفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله
معاوية في بيت المال قال الزهري فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز
فاخبره أن الدية قد كانت تأمة لأهل الذمة . وأما اذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من
لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر وبه قال
مالك والشافعى وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال
أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفية فيه
الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئا وعمدة الحنفية ان الرق حال نقص

فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة
عن دية الحر أنه مكلف. ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن
واحداً بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والحر والطلاق ولو قيل فيه أنها
تكون على النصف من دية الحر لكان قولاً له وجه أعني في دية الخطأ لكن لم يقل به
أحد وعمدة مالك أنه ما قد اختلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الاموال. واختلف
في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الأشهر
عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض
وعمدة الشافعي قياسه على الحر .

وما يدخل في هذا الباب

من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وإنما
هو عمد في أمه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضروب الاجنة وفي سنة
الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من يجب ولمن يجب وفي شروط الوجوب. فاما الاجنة
فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الامة من سيدها هو غرة لما
ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره أن امرأتين من هذيل رمت
احدهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة
عبد أو وليدة. واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في
ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه الا أن من رأى أن
الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم
ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا في ذلك حداً
أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة
الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزاً ولا
يجزى عنه القيمة في ذلك فيما أحسب. واختلفوا في الواجب في جنين الامة
وفي جنين السكتاية فذهب مالك والشافعي الى أن في جنين الامة عشر قيمة
أمه ذكراً كان أو أنثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والأنثى فقال
قوم ان كان أنثى فيه عشر قيمة أمه وان كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حياً
وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حياً ان فيه قيمته وقال
أبو يوسف في جنين الامة اذا سقط ميتاً منها ما نقص من قيمة أمه وأما جنين النمية
فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في أن

دية الذمي دية المسلم والشافعي على أصله في أن دية الذمي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في أن دية الذمي نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذي يجب فيه قاتلهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتاً ولا تموت أمه من الضرب واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتاً فقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهري . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حياً أو ميتاً فذهب مالك وأصحابه إلا أن علامة الحياة الاستهلال بالصباح أو البكاء . وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فاحكامه أحكام الحي وهو الاظهر . واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود أن يعتبر نفخ الروح فيه أعني أن يكون يجب فيه الغرة إذا علم إن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من يجب قاتلهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخرون هي على العاقلة ومن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة عمدتهم أنها جناية خطأ فوجب على العاقلة وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها وأما مالك فشيها بدية العمد إذا كان الضرب عمداً . وأما من يجب فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في أنها موروثة وقال ربيعة والليث هي للام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا مَرَدداً عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها . ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الرாகب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطيء آخر بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال قال عليه الصلاة والسلام . جرح العجماء جبار والبشر جبار

وللمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أو لها قائد أو سائق فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ. واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئا يعينها به على أن ترمع برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما أصابت يدها أو برجلها وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وسويابن الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة إلا أنه استثنى الرحمة بالرجل أو بالجنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده أقاويل العلماء فيمن حفر بشراً فوقه فيه انسان متقاربة قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وان حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك احتافوا في الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان أوقفها بحيث يجب له ان يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وان كان الركوب مباحا. واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت وكل احد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه. وأجمعوا على أن الطبيب اذا أخطأ الزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الحنان وما أشبه ذلك لأنه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لانه متعدد وقد ورد في ذلك مع الاجماع حديث عمر بن شبيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطيب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمر بن شبيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر ذملا واجبة. واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العمد خطأ فوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الاولى والاخرى وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ. واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن ليلى لا تغلظ

الدية فيها وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس في الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يراد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فمن ادعى في ذلك تخصيصا فمليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله عن التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغلظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللفريق الثاني أن يقول انه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه .

﴿ كتاب الديات فيما دون النفس ﴾

والاشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء فلنبدأ بالقول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولين تجب . فاما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقه أولها الدامية وهي التي تدمى الجلد ثم الحارسة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم المتلاحة وهي التي أخذت في اللحم ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشا الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم أي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقولة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فاما أحكامها أعني الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمدة الموضحة وما دون الموضحة خطأ واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وإنما فيها حكومة قال بعضهم أجره الطيب الا ماروى عن عمر وعثمان اتهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علي أنه قضى فيها بربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحة ثلاثة أبعرة

وفي السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ما وقتت فيه السنة حدا ومالك يعتبر في الزام الحكومة وفيما دون الموضحة أن تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هي أحكام ما دون الموضحة فاما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى عليه وسلم في كتابه لعمر بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : في الموضحة خمس بنى من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا أعنى على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة الرأس والجنبه والخدين واللقى الا على ولا تكون في اللحي الاسفل لانه في حكم العنق ولا في الانف . وأما الشافعي وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس والجمهور على أنها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعي اذا كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلط بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك فمرة قال يقول سليمان ابن يسار ومرة قال لا يزداد فيها على عقلها شيء وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شئت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته أن لو كان عبداً . وأما الهاشمية ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا يخالف له من الصحابة . وقال بعض العلماء الهاشمية هي المنقلة وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ فاما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمساكن الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المامومة . وأما الهاشمية في العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كالت أخرى أن يجيز ذلك من الهاشمية . وأما المامومة فلا خلاف أنه لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية الا ما حكي عن ابن الزبير ، وأما الجائفة فانفقوا على أنها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن . واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكي مالك عن سعيد بن المسيب ان في كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اي عضو كان ثلث

دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لان القياس عنده في هذا لا يسوغ وإنما في ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد ، وأما الجراحات التى تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها الحكومة .

(القول في ديات الاعضاء)

والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لسرو بن حزم في العقول أن في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا استوعب جدًا مائة من الابل وفي المامومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلها وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل أصبع مما هناك عشر من الابل وفي السن والموضحة خمس وكل هذا يجمع عليه الا اتسن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما ستذكره ومنها ما اختلفوا عليه مما لم يذكر هنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء أجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة والجمهور على أن في كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلثي الدية لأنها تعبس الطعام والشراب وبالجمللة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجمللة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى منفقون على ان في كل زوج من الانسان الدية بخلاف الحاجبين وندى الرجل واختلفوا في الاثنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري والليث اذا اصطلنا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فالشهور عنده أن لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة فروى عن أبي بكر أنه قضى في الاثنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد أنهم قضوا في الاذن اذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية . وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة وقال أبو حنيفة فيهما الدية وكذلك في اشفار العين وليس عند مالك في ذلك الاحكومة وعمدة الحنفية ما روى ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الانسان الدية وتضييها بما اجمعوا عليه من الاعضاء المتناهية وعمدة مالك أنه لا مجال فيه للقياس وإنما طريقه التوقيف فلم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضا فان الحواجب ليست أعضاء

لها منفعة ولا فعل بين أعنى ضروريا في الحلقة . وأما الاجفان فقليل في كل جن منهاربع .
الدية وبه قال الشافعي والكوفي لأنه لا بقاء للعين دون الاجفان وفي الجفنين الاسفلين
عند غيرها الثلث وفي الاعلين الثلثان وأجمعوا على أن من أصيب من أطرافه
أكثر من دية إن له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنت فله ديتان . وأما الانثيان فأجمعوا
ايضا على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان في كل واحدة منهما نصف الدية الا ما
روى عن سعيد بن المسيب انه قال في البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها .
وفي النوى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . وأما المفردة فان جمهورهم على
على ان في اللسان خطأ الدية وذلك مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع
كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا في
القصاص فيه عمدا فمنهم من لم يرفيه قصاصاً وأوجب الدية وهم مالك والشافعي والكوفي
لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفي ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره
في اللسان عمداً القصاص . وأما الاتف فأجمعوا على انه اذا أوعب جدعا على ان فيه
الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب الشئ أو لم يذهب وعنده انه اذا ذهب
أحدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على ان في
الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا في ذكر العنين والحصى كما
اختلفوا في لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل
فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر الحصى والعنين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه
حكومة واقل ما يجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقي الذكر حكومة .
وأما عين الاعور فللعلماء فيه قولان ، احدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك
وجاعة من أهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر
وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروي
عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين
جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله وفي
العين نصف الدية وقياسا أيضا على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة
الانصف الدية فبسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس
ومن احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فذهب بعض بصرها ما روى من ذلك
عن علي رضي الله عنه انه امر بالذي أصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة وأعطى
رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا في الارض
ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها

وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضاً عند اول ما خفيت عنه في الارض خطائم
علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من متهم رؤية العين الصحيحة فاعطاه
قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه في مسافة ادراك العين العلية والصحيحة بأن يختبر
ذلك منه مرارا شتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر
واحدة علمنا أنه صادق واختاف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي
ذهب بعمرها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها
عشر الدية مائة دينار وحل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقويماً لا توقيتاً
وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا في العين القائمة الشكل
واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تم دية السن
باسودادها ثم في قلمها بمداسودادها دية واختاف العلماء في الاعور وفقاً عين الصحيح
عمداً فقال الجمهور ان أحب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال
قوم نصفها وبه قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة
قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقت
عنه الا القود أو ما اصطالحوا عليه . وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا
عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهي العين الموراء وهي دية كاملة عند
كثير من أهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الاعور اذا فقت
وجب فيها الف دينار لانها في حقه في معنى العينين كليهما لا العين الواحدة فاذا تركها
له وجبت عليه ديتها وعمدة أولئك البقاء على الاصل أعني أن في العين الواحدة
نصف الدية وعمدة أبي حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد
ذكرت في باب القود في الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وأبو حنيفة
والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل أصبع عشراً من الابل وأن الاصابع في ذلك
سواء وان في كل ائمة ثلث العشر الا ما له من الاصابع ائمتان كالا بهام ففي ائمته
خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال وفي كل أصبع مما هناك عشر من الابل وخرج عمرو بن
شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر
العشر وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم على أهل الورق بحسب
ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الورق فهي عند من يرى انها اثنا عشر الف
درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف
في عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الابهام والتي تليها بعقل نصف الدية

وفي الوسطى بعشر فرائض وفي التي تليها بتسع وفي المختصر بست وروى عن مجاهد أنه قال في الإبهام خمسة عشر من الأبل وفي التي تليها عشرون في الوسطى عشر وفي التي تليها ثمان وفي المختصر سبع . وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الأمصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك أن عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بغيران وقال قتادة أربعة أبخرة وعمدة فقهاء الأمصار أن ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه إلا حكومة وجمهور فقهاء الأمصار على أن في كل سن من أسنان الفم خمسا من الأبل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر أنه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم . وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمسا من الأبل وقال سعيد بن المسيب في الأضراس بغيران وروى عن مالك أن مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال اتجعل مقدم الأسنان مثل الأضراس فقال ابن عباس لو لم يعتبر ذلك إلا بالأصابع عقلها سواء عمدة الجمهور في ذلك مائيت عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن أبيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضا بالأصابع التي أستوت ديتها وإن اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما أن الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الأعضاء مع أنه يشبه أن يكون من صار إلى ذلك من الصدر الأول إنما صار إليه عن توقيف وجميع هذه الأعضاء التي ثبت الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ما قطع وقلع ما قلع . واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا فذهب مالك وأصحابه إلى أن القود في كسر جميع العظام إلا الفخذ والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة إلا أنه استثنى السن وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال أبو عمر ابن عبد البر ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقدم من العظم من المقطوع في غير المفصل إلا أنه ليس بالقوى وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمر بن حزم أقاد من كسر الفخذ وانفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج وأعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والأعضاء إلى أن تبلغ ثلث الدية فإذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها إلى النصف من دية الرجل أعني دية أعضائها من أعضائه مثال ذلك

ان في كل أصبع من أصابعها عشرا من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي ثلاثة ثلاثون وفي أربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والهيثم بن سعد ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولي ابن مسعود وهو مرئى عن عثمان وبه قال شريح وجاعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول علي رضي الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ما ذكرناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتي دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه والاعتماد للطائفة الاولى الا مراسل وما روى عن سعيد بن المسيب حين سألته ربيعة بن ابي عبد الرحمن كم في أربع من اصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراقي أنت قلت بل عالم مثبت أوجاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضا عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمر بن شبيب عن أبيه وعكرمة وقد رأى قوم أن قول الصحابي اذ خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم أنه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هذا ضعف اذا كان يمكن أن يترك القول به اما لانه لا يرى القياس واما لانه عارضه في ذلك قياس ثان أو قل في ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجنابة على أعضائهم الذكور منهم والاناث وأما جراح العبد وقطع أعضائهم قالت العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى ان في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجراح من دية فيكون في موضحته نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه قال ابو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلى وقال مالك يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومأمومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها الحر من دية وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم ان دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجاعة أن العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال ابو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما

فوقه من الدية السكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي أن الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(أوصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب القسامة ﴾

ختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الأصول لفروع هذا الباب .
(المسئلة الاولى) هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ، الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الهبة أو دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعد لونا يجب به ان يبدأ المدعون بالايان .

(المسئلة الاولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة واحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابه وعمر بن عبد العزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها . عمدة الجمهور ماثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة وعبيدة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث الا أنهم يختلفون في الفاظه على ما سيأتى بعد وعمدة الفريق الثاني لوجوب الحكم بها ان القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف أحد الا على ما علم قطعا أو شاهد حسا وإذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخاري عن أبي قلابه ان عمر بن عبد العزيز ابرز سريره يوما للناس ثم اذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابه ونصبتى للناس فقلت يا امير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد

أرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجه قال لاقلت أفرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه أ كنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قات فما بالهم اذا شهدوا أنه قتله بارض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم ان أقاموا شاهدي عدل ان فلانا قتله فاقدم ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها أن من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير في اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان البيعة على من أدعى واليمين على من أنكر ومن حججهم أنهم لم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكمة جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على اصول الاسلام ولذلك قال لهم يحلفون خمسين يمينا أعني لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الاصول أولى . وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة متفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسارق وذلك ان السارق تعمس الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبيين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك أن المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك وأحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي والثوري وجاعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل في ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسوم أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن ابي ليلى عن سهل ابن أبي حنمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله

عليه وسلم أتخلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو أن الأيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الأموال أعني في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الأموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقاب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه أيضا انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن يسار قد اختلف في اسناده فإرساله مالك واسنده غيره (قال القاضي) يشبه أن تكون هذه العلة هي السبب في أن لم يخرج البخاري هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية . وأما الذين قالوا إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليه والأحاديث التي تذكرها فيما بعد أن شاء الله .

(المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة أعني الذين قالوا أنها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالأيمان الخمسين على ما ورد في الآثار فقال الشافعي وأحمد وداود بن علي وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثيرون أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالأيمان وعمدة من يبدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حنمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ما أخرجه البخاري عن سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلا من الانصار يقال له سهل بن حنمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وآله تأتون بالينة على من قتله قالوا مالنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بإيمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضي وهذا نص في أنه لا يستوجب بالأيمان الخمسين إلا دفع الدعوى فقط واحتجوا أيضا بما أخرجه أبو داود أيضا عن أبي سلمة ابن أبي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لليهود وبدأ بهم أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا قالوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يا رسول الله فحملها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دية على يهود لانه وجد بين أظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليهم والزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعني أنه قضى على المدعى عليهم اباليمين والدية وأخرج مثله أيضا من تبدة اليهود بالإيمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن

مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهني الذي ادعى دم وليه على رجل من بني سعد وكان أجرى فرسه فوطىء على أصبع الجهني فترى فيها فمات فقال عمر للذي ادعى عليهم أنحلفون بالله خمسين يمينا مامات منها فابوا أن يحلفوا وتخرجوا فقال للمدعين انحلفوا فابوا فقضى عليهم بشر الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التي روى فيها تبدئة المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لاحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال ابو عمر والاحاديث المتعارضة في ذلك مشهور .

(المسئلة الرابعة) وهي موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا في الشبهة ما هي فقال الشافعي اذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو ان يوجد قتل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتل من الانصار قال وكذلك لو وجد في ناحية قتل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيتا فوجد بينهم قتل وما أشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكم ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أعنى ان القسامة لا تجب الا بالوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لو ثبت باتفاق عند أصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المحيلة مثل أن يوجد قتل متشجعا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدعاة الا أن مالك يرى أن وجود القتل في المحلة ليس لوثا وان كانت هناك عداوة بين القوم الذين منهم القتل وبين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب أن يكون أصلا لاشتراط الوث في وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحبا اذا وجد قتل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ودون وجود الاثر بالقتل الذي اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتل لا يعرف من قتله أيما وجد فادعى ولادة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلان فصاعدان أو ثلث وقال داود لا أقضي بالقسامة الا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجلا قول المقتول فلان قتلني

لونا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبه رأى تبدئة المدعين بالايمان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليدين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكأنه شبه ذلك باليمين مع الشاهد في الاموال . واما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم في صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى اسرائيل فضعيف لان التصديق هنالك أسند الى الفعل الحارق للمادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال أحمد بن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يمينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة الخزومي كل من قسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان الساباً ضرب آخر وبقي المضروب أيا ما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف . واختلفوا في القسامة في العبد فبعض اثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر وبعض نفاها تشبيهاً بالبهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها في مال القاتل ولا يحلف فيها اقل من خمسين رجلاً خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده اقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ وان نكل عله أحد من ولاية الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم يشكل أعنى حظه منها وقال الزهري ان نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة (قال القاضي) والقول في القسامة هو داخل فيما ثبت به الدماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك أنه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا أن الاولى أن يذكر في ذلك الجنس وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الامرين جميعاً كما فعل مالك في الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب أحكام في الزنا ﴾

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي أصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما ثبت به هذه الفاحشة .

(الباب الاول)

فأما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا يملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة نكاحاً الحدود كما ليس بشبهة دائرة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يد رأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملاً اذا علم الحرمة . وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام : ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم به وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فان حكم ما يملك الحلية وحكم ما لم يملك الحرمة ومنها اختلفوا في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله أعلم به ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يد رأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه : انت ومالك لا يملك ولقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقاد الوالد بالولد ولا جماعهم على أنه لا يقطع فيه : سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت أم لم تحمل لأنها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم أيضاً اجماعهم على أن الأب لو قتل ابنه لم يكن طلاقاً أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له ولياً به ومنها الرجل يطأ جارية زوجته

اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملاً وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوخته وان كان استكرهها قومت عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصناً أو ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من أوجب عليه الحدانه وطىء دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحديث ماثبت ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطىء جارية امرأته انه كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوخته فهي له وعليه لسيدتها مثلها وأيضاً فان له شبهة في ماله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر ماله ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثالث أو في الثلث فله فوقه وهو مذهب مالك ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطىء المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكأنه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة * ومنها درء الحد عن امتنع اختلف فيه أيضاً وبالجملـة فالانكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدراً الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الام وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل .

الباب الثاني

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون. ثيب. وابكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث والحدود الإسلامية ثلاثة رجم وجلد وتعزير فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء قائمـم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أغنى قوله تعالى « الزانية والزاني » الآية واختلفوا في موضعين ، احدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ، والموضع الثاني في شروط الاحصان .

(أما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق واحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم ترجم عمدة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجمها عزا ورجم

امرأة من جهينة ورجل يهودي وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرو أنه جلد واحد منهم ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوى في الحد الاكبر وذلك ان الحد انما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واختبروا أيضا بحديث علي رضي الله عنه خرج مسلم وغيره ان عليا رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجلها يوم الجمعة وقال جلدها بكتاب الله ورجلها بسنة رسول الله وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : خذوا عني قد جعل الله لمن سيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة . وأما الاحصان فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض أو في الصيام فاذا زدنا بعد الوطء الذي هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق ابو حنيفة ما لا يسا في هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين أعني أن يكون الزاني والزانية حريين ولم يشترط الاسلام الشافعي وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودية الذين زنيا اذ رفع اليه أمرهما والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولافضيلة مع عدم الاسلام وهذا بناء على ان الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب . واما الابكار فان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال ابو حنيفة وأصحابه لا تغريب أصلا وقول الشافعي لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر ا كان او انثى حراً كان أو عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعي ولا تغريب عند مالك على العبد فعمدة من وجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج اهل الصحاح عن ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يا رسول الله أنشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله فقال الحليم وهو أفقه منه نعم اقض بيتنا بكتاب الله ونذن لي أن أتكلم فقال له النبي قل ان ابني كان عسيفا على هذا فزنا بامرأته واني اخبرت أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبروني انما على ابني جلد مائة

تغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لا قضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغدا يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ففدا عليها انيس فاعترفت فامر النبي عليه الصلاة والسلام بها فرجت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه رأى ان المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحي الذي كثيراً ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو بنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس بنسخ الكتاب باخبار الاحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر انهم غربوا وما حكم العيب في هذه الفاحشة فان العيب صنفان ذكور وأناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى « فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لاحد عليها وانما عليها تغزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على الامة اصلاً والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الاحصان في قوله تعالى « فاذا احصن » فمن فهم من الاحصان الزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد للغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جملة عاماً في المتزوجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتزوجة حداً بحديث ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم يحصن فقال ثم ان زنت فاجلدوها ان زنت فاجلدوها ثم يبيعوها ولو بظفير . وأما الذكور من العيب فقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى « فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » ولم يخص حراً من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياساً على الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول في اصناف الحدود واصناف الحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها قانما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر المرجوم فقالت طائفة يحفره وروى ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجهما فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحرق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم اني أخاف ان يصيب بعضكم بعضاً ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما

(١) لعل صوابه واحتج على من لم ير على غير المتزوجة حداً

حنه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان بينه فأول من يرجم البيعة
ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي
وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجناه
بالمسلى فلما اذلقته الحجارة فرقادر كناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم أنه حفر
له في اليوم الرابع حفرة وبالجملية فالاحاديث في ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الاحاديث
على أن لا يحفر وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة
والشافعي يضرب سهتر الاعضاء ويبقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد
الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي حنيفة ما عدا القذف
على ما سيأتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال انه يقام
لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من
الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه
اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل ما فوقها .
وأما الوقت فان الجمهور على انه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض
وقال قوم يقام وبه قال أحمد واسحاق واحتج بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو
مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث الا
يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقا من غير
استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ
أو كذلك الامر في شدة الحر والبرد

باب الثالث وهو معرفة ما ثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على ان الزنا ثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور
الحمل في النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا في شروط
الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه في موضعين ، أحدهما عدد
حركات الاقرار الذي يلزم به الحد ، والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع
عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أما عدد الاقرار الذي يجب به الحد فان مالكا
والشافعي ويقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود
وأبو ثور والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى لا يجب الحد الا
بأقارب أربعة مرة بعد مرة وبه قال أحمد وإسحاق وزاد أبو حنيفة وأصحابه في مجالس
متفرقة وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه

الصلاة والسلام : اغديا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عدد او عمدة الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي عليه السلام أنه رد ما عزأ حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه وفي غيره من الاحاديث قالوا وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا نقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ .

(وأما المسئلة الثانية) وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه . الا ابن أبي ليلى وعثمان البتي وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان . احدهما يقبل وهي الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع في الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عزأ وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك مايجب من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التماضي على الاقرار شرطا من شروط الحد وقد روى من طريق أن ماعزاً لما رجم ومسته اخجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعاق الشافعي بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثاً في وجوب الحد . وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترك في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم لم ياتوا بأربعة شهداء) وان من صفتهم أن يكونوا عدولاً وان من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لافي زمان ولا في مكان الا ما حكى عن أبي حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذي رآه فيه الاخرى وسبب الخلاف هل تلتق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا . تلتق كالشهادة المختلفة بالزمان وانهم أجمعوا على انها لا تلتق والمكان أشبه شيء بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق في ثبوت هذا الحد اكثر منه في سائر الحدود واما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراء فان طائفة اوجبته فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمرو بن عبد الله قال مالك الا أن تكون جاءت بامارة على استكراءها مثل ان تكون بكرأ فتأتى وهي ندمى او تفضح نفسها بأثر الاستكراء وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ماعدى الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقل ابو حنيفة والشافعي لا يقيم

عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراء وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت
في دعوى الاستكراء بامارة ولا في دعوى الزوجية بينه لانها بمنزلة من اقر ثم ادعى
الاستكراء ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة ان عليا رضي الله عنه قال لها
استكرهت قالت لا قال فلمل رجلا أذاك في نومك قالوا وروى الاثبات عن
عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها ففزع عنها
ولم تدبر من هو بعد ولا خلاف بين أهل الاسلام ان المستكرهه لاحد عليها
وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن
البضع أو هو نحلة فمن قال عوض عن البضع أوجب في البضع في الحلية والحرمية ومن
قال انه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجب به وهذا الاصل كاف في هذا الكتاب
والله الموفق للصواب .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب القذف)

والنظر في هذا الكتاب في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا ثبت
والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية
فاما القاذف فانهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً
أو اثنى حراً أو عبداً مسلماً أو غير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه ان يجمع فيه
خمسة أوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا قالت
أنخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في
المقذوف ويحتمل ان يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطبق
الوطء وأما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين ، أحدهما ان يرمى القاذف
المقذوف بالزنا ، والثاني ان ينفيه عن نسبه اذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا
ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة او مسلمة او كافرة يجب
الحد وقال ابراهيم النخعي لاحد عليه اذا كانت ام المقذوف امة او كتابية وهو قياس قول
الشافعي وأبي حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب

الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابي ليلى. لا حد في التعريض الا ان ابا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير وعن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه في التعريض الحد وهي مسئلة وقعت في زمان عمر فيها الصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه اعنى مقولاً بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك انه اذا لم يكثرا استعمال لها والذي يندري به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقدوف بأربعة شهود بأجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفه وعند غيره ليسوا بقذفه وانما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل في السبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفي في ذلك اثنتان على الاصل المتعبر فيما سوى القذف اذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد. وأما الحد فالنظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على أنهم ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا في العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجاعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعي وداود واصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالمعوم ولما أجمعوا أيضاً ان حد الكتابي ثمانون فكان العبد احرى بذلك. وأما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحدهم قذفه ثانية حد حده ثانياً واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم في القذف أو أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حي أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم في كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يا زناة فحدوا حدوا وقال لكل واحد منهم يازان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سمحاء فرفع ذلك

الى النبي عليه الصلاة والسلام فلا عن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف السكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس فلانه رأى انه واجب ان يتعدد الحد . يتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المذنب وتعدد القذف كان واجب ان يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعي يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك فمرة قال بقول الشافعي ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا ان يريد بذلك المذنب الستر على نفسه وهو المشهور عنه والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق . بين أن يصل الامام أولاً يصل وقياساً على الاثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى انه حق للآدميين وهو الاظهر أن المذنب اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيم في القذف وانفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يثبت واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أبداً والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى أقرب مذكور وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون لا الذين تابوا) فمن قال يعود الى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع أى خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة وانفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد وأما بماذا يثبت) فانهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حريين ذكريين واختلف في مذهب مالك أهل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعها ، قال القاضي وان انسأ الله في العمر فسنضع كتاباً في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتباً ترتيباً صناعياً اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الاندلس حتى يكون به القارىء مجتهداً في مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندي شيء ينقطع العمر دونه .

﴿باب في شرب الخمر﴾

والكلام في هذه الجنابة في الموجب والواجب وبما ثبتت هذه الجنابة فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكرام قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غير هافقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا سكر أو لم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة في وجوب الحد وأكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون هذا في حمد الله وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور وهو على النصف من حد الحر وقال أهل النكاح والحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعي عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر وإشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضي الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حداً وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وأن أبا بكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه بأربعين وروى عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروى من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروى هذا عن علي عن النبي عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعي . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبي ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم

ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضعير وقوله عليه السلام: اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث علي أنه قال: أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولأنه أيضاً مروي عن جماعة من الصحابة ولا يخالفهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا: الجملة والزكاة والنفق والحكم إلى السلطان.

(فصل)

وأما ما إذا ثبت هذا الحد فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشييبها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشهادة.

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب السرقة)

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط السرقة الذي يجب به الحد وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما ثبت به هذه الجناية فلما السرقة فهي أخذ مال الغير مستترا من غير أن يؤتمن عليه وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا إياس بن معاوية فإنه أوجب في الخلسة القطع وذلك مروي عن النبي عليه السلام. وأوجب أيضاً قوم القطع على من استعار حلياً أو متاعاً ثم جحد له لمكان حديث المرأة الخزومية المشهور أنها كانت تستعير الحلي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحدوها وبه قال أحمد وإسحاق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي عليه السلام (٢٤٢ - ج ٢)

يقطع يدها فأنى اسامة أهلها فكاموه فكلم اسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا اسامة: لا أراك تتكلم في حد من حدود الله ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال: أما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والنبي نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المار مأمون وانه لم ياخذ بغير اذن فضلاً ان ياخذ من حرز قالوا وفي الحديث حذف وهوانها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام: أما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقه. وكذلك أجمعوا على انه ليس على الناصب ولا على المكابر المبالغ قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل فحكم المحارب على ماسياتى في حد المحارب . واما السارق الذى يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً او عبداً ذكراً أو أنثى مسلماً أو ذنباً الا ماروى في الصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الا بقى اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى ان الاجماع ينقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بمصوم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبد الا بقى الانشبيهه سقوط الحد عنه بسقوط شرطه أعنى الحدود التى تنشطر في حق العبد وهو تشبيهه ضعيف . واما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ماروى عن الحسن البصرى انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لمصوم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية » وربما احتجوا بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال : لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده . وبه قالت الخوارج وطائفة من التكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافاً كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذى يستند الى أدلة ثابتة هو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم ، والثانى قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة فماعداد الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم الدرهم بالربع دينار أعنى اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف

مثل ان يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الاصل في تقويم الاشياء هو
الربع دينار . وهو الاصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان تساوى
ربع دينار وأما مالك فالدنانير عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بغض
البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في تقود أهل هذه البلد
فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار
وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم ويقول الشافعي في
التقويم قال أبو ثور والاوزاعي وداود وبقول مالك المشهور قال أحمد أعني بالتقويم
بالدراهم . وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم
لا يجب في اقل منه وقد قال جماعة منهم ابن ابي ليلى وابن شيرمة لا تقطع اليد في اقل
من خمسة دراهم وقد قيل في اربعة دراهم وقال عثمان البتي في درهمين فعمدة فقهاء
الحجاز مارواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع في حجن
قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك واسنده البخاري ومسلم الى النبي عليه الصلاة
والسلام انه قال : تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر
المذكور قالوا ولكن قيمة الحجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في احاديث قالوا وقد خالف ابن عمر
في قيمة الحجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في الحجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد
ابن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن الحجن قال وكان ثمن الحجن على عهد النبي عليه الصلاة والسلام
عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس
قال كان ثمن الحجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد
الخلاف في ثمن الحجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا
حديث عائشة وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار .
وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو انه قطع في
أربعة قومت بثلاثة دراهم والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان
عندهم في ذلك الوقت اثناعشر درهما والقطع في ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع
في عشرة دراهم ادخل في باب التجاوز والصنف عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين
حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على
مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فذهب الشافعي أولى المذاهب فهذا هو احد
الشروط المشترطة في القطع . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة
ما يجب فيه القطع أعني نصاباً دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً وذلك بان يخرجوا

النصاب من الحرز مما مثل أن يكون عدلا أو صدوقا يساوي النصاب فقال مالك يقطعون جميعا وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذ كل واحد منهم نصيبا فمن قطع الجميع رأى العقوبة أن لا تتعلق بقدر مال المسروق أي أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى أن القطع إنما عاق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أبد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك أن جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع وإن كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه أن يقال في حد الحرز أنه ما شأنه أن تحفظ به الأموال كي يسر أخذها مثل الأغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفي الفعل الذي إذا فعله السارق اتصف بالخراج من الحرز على ما سنذكره بعد وعن ذهب إلى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وإن سرقة من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جيل فاذا أواء المراح أو الجبرين فاقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المسكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية قالوا فوجب أن تحمل الآية على عمومها إلا ما خصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمرو بن عبد البر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب إذا رواها الثقات . وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم في الأوعية ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكي أنه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم في الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تطلع يده إذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه إلا إذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش وليس بحرز فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز فقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثوري وروى

ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فرباط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس خلا لانسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده واذا توسد النائم شيئا فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد وما أخذه من المتبهر واختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلى أو غيره الا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب أنه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس به حرز وانفق القائلون بالحرز على أن كل من سمى بخرج الشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقا ن احدهما داخل البيت والاخر خارجه فقرب احدهما المتاع المسروق الى ثقب في البيت فتناوله الاخر فقبل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب المتاع من الثقب والخلاف في هذا كله آثر الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه اولا انطلاقه فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الخرز ثم اخذه خارج الحرز قطع قد توقف مالك فيه اذا اخذ بعد رميه وقبل ان يخرج وقال ابن القاسم يقطع .

﴿ فصل ﴾

وأما جلس المسروق فان العلماء انفقوا على ان كل ممتلك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فإنه يجب في سرقته القطع ما عدا الاشياء الرطبة المأكولة والاشياء التي أصلها مباحة فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والخطب والحشيش . فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدته أيضا في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك انهم انفقوا على ان من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع ان لا يكون للسارق فيه شبهة ملك . واختلفوا فيما هو شبهة تدرك الحدم باليس بشبهة وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع

سارقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على انه لا يجوز بيعه أو ان لكل أحد فيه حقا إذ ليس بمالك. واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا أعجبنا من لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع. وأما ان كان كبيرا يفقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع. واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك وانفقوا كما قلنا ان شبه الملك القوية تدرأ هذا الحد. واختلفوا فيما هو شبه يدرأ من ذلك مما لا يدرأ فمنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال أهل الظاهر يقطع الا أن يأمنه سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه ويدرأ الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا يخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعي الاحتياط أن لا يقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القربايات فذهب مالك فيها أن لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : انت ومالك لا ييك ويقطع ما سواهم من القربايات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب الاعلى والاسفل يعني الاب والاحداد والابناء وأبناء الابناء وقال أبو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال أبو ثور تقطع يد كل من سرق الا ما خصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم أو من بيت مال يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول في الاشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجناية .

(القول في الواجب)

وأما الواجب في هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التي ذكرنا اعنى الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هي جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجاعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجاعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم

القطع فهاجى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انه اجتمع في السرقة حقان حق لله وحق للآدمى فاقضى كل حق موجبه وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم واذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد يخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لا يقطع فيه. وأما تفرقة مالك فاستحسن على غير قياس وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل أما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذى عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل ينفى القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة ينفى القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعى ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبي بكر أغنى قول مالك وأبي حنيفة فعمدة من لم يبرأ لقطع اليد قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» ولم يذكر الا رجل الا في المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام : من فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فقل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذى في أصل الساق وقيل يدخل السكبان في القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذى في وسط القدم وانفقوا على أن لصاحب السرقة ان ينفو عن السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو

ابن شبيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام : لو كانت فاطمة بنت محمد لاقنت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل أن تأتيني به. واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهب صاحب السرقة ما سرقه أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لاحد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاء سارق فاخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فها قبل ان تأتيني به .

﴿ القول فيما ثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت باقرار الحر. واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحدّه وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا ملولاً وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فمن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب الحراية)

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ الآية

وذلك ان هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في
النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل قاصر بهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحاربين
للقوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم
مشرطة في توبة الكفار فبقى انها في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر
في خمسة أبواب . أحدها النظر في الحاربة ، والثاني النظر في المحارب ، والثالث فيما
يجب على المحارب ، والرابع في مسقط الواجب عنه وهي التوبة ، والخامس بماذا
ثبتت هذه الجناية .

الباب الاول

فاما الحاربة فاتفقوا على انها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيما
يحارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعي الشوكة وان
كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران
لان المغالبة انما تتأني بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعي انه اذا ضعف الساطان
ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة . وأما غير ذلك فهو عنده احتلاس وقال أبو
حنيفة لا تكون محاربة في المصر .

(الباب الثاني)

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محفونا قبل الحاربة وهو المسلم والذمي .

(الباب الثالث)

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للاديين واتفقوا
على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدي وقطع الارجل من خلاف والنفى على مانص
الله تعالى في آية الحاربة ، واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر
جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلا بد من قتله وليس للامام تخيير في قطعه ولا في نفيه وانما
التخيير في قتله أو صلبه وأما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وانما التخيير في قتله أو
صلبه أو قطعه من خلاف وأما اذا أخاف السبل فقط فالامام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه
أو نفيه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع في ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأي
والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لان القتل لا يرفع ضرره وان كان لا رأى له

وانما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفي ، وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحاربين الا من قتل ولا يقطع الا من أخذ المال ولا ينفي الا من لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه . وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جنائياتهم ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير. واختلفوا في معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم أنه يصاب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا وهؤلاء منهم من قال يقتل أولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل أنه يصلب حيا ثم يقتل في الحشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل أولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل في الحشبة فقال بعضهم لا يصلى عليه تشكيلا له وقيل ينفخ في الحشبة ويصلى عليه وقال سحنون اذا قتل في الحشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الحشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب ابو حنيفة وأصحابه انه لا يبقى على الحشبة أكثر من ثلاثة ايام . واما قوله أو تقطع ايديهم وأرجلهم من خلاف فعناء ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضا في قوله أو ينفوا من الارض فقيل ان النفي هو السجن وقيل ان النفي هو أن ينفي من بلد الى بلد فيسجن فيه الى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالأول قال ابو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما أن ينفي بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فغير مقصود ولكن ان هربو شردناهم في البلاد بالاتباع وقيل هي عقوبة مقصودة فقل على هذا ينفي ويسجن دائما وكلها عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أي من ارض الاسلام الى ارض الحرب فالذي يظهر ان النفي هو تعريضهم عن وطنهم لقوله تعالى « ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم » الآية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا بالعادة ولا بالعرف .

❦ الباب الرابع ❦

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فإن الأصل فيه قوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) واختلف من ذلك في أربعة مواضع . أحدها هل تقبل توبته ، والثاني أن قبلت فما صفة المحارب الذي تقبل توبته فإن لاهل العلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول أنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال أن الآية لم تنزل في المحاربين . وأما صفة التسوية التي تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال . أحدها أن توبته تكون بوجهين أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الامام والثاني أن يلحق سلاحه ويأبى الامام طائفا وهو مذهب ابن القاسم ، والقول الثاني أن توبته إنما يكون بان يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لحيارته وإن أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون ، والقول الثالث أن توبته إنما تكون بالهجرة إلى الامام وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الأحكام أن أخذ قبل أن يأتي الامام وتحصيل ذلك هو أن توبته قبل أنها تكون بان يأتي الامام قبل أن يقدر عليه وقيل أنها إنما تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامر من جميعا . وأما صفة المحارب الذي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال . أحدها أن يلحق بدار الحرب ، والثاني أن تكون له فئة ، والثالث كيفما كان كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في المحارب إذا امتنع فأمنه الامام على أن ينزل فقبل له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لا أمان له لأنه إنما يؤمن المشرک . وأما ما تسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال . أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الأدميين وهو قول مالك ، والقول الثاني أن التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يغفوا أولياء المقتول ، والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذمهم ، والقول الرابع أن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الأدميين من مال ودم الأماكان من الأموال قائم العين بيده .

(الباب الخامس)

وأما بما دأبثت هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين

سلبهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرقة عليهم اذا لم يدعوا لانفسهم ولا لرفقائهم
عالا أخذوه وثبت عند مالك الحراية بشهادة السماع .

فصل في حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم
لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام أن يقتله ان رأى ذلك لما
يخاف من عونه لاصحابه على المسلمين . وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه
حكم البدعي الذي لا يدعو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والا قتل وقيل يستتاب
فان لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول
مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن
يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك المزوم وأما ما يلزم هؤلاء من
الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا ان لا يقام عليهم حد الحراية ولا يؤخذ منهم ما
أخذوا من المال الا ان يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل
ف قيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال
الجمهور لان كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بته أصله قتال الصحابة وكذلك
الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول .

(باب في حكم المرتد)

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة
والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل
فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية والجمهور
اعتمدوا العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام وأما
الاستتابة فان مالكا شرط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته
وأما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحراية ولا يستتاب كانت حرايته بدار
الاسلام أو بعد ان لحق بدار الحرب الا أن يسلم واما اذا أسلم المرتد المحارب بعد أن
أخذ أو قبل أن يؤخذ فانه يختلف في حكمه فان كانت حرايته في دار الحرب فهو عند
مالك كالحربي يسلم لاتباعه عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده وأما ان كانت حرايته
في دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الخراية خاصة وحكمه فيما جنى حكم
المرتد اذا جنى في رده في دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال

حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل ككفرأ وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل الامع الكفر.

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وعلى وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه والثاني في معرفة ما يقضى به في الثالث في معرفة ما يقضى فيه * والرابع في معرفة من يقضى عليه أوله في الخامس في كيفية القضاء في السادس في وقت القضاء .

﴿ الباب الاول ﴾

والاظهر في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشترطة في الجواز فان يكون حراً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلاً عدلاً وقد قيل في المذهب ان الفسق يوجب المنزل ويمضي ما حكم به. واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكي عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم العامي (قال القاضي) وهو ظاهر ما حكاه جدي رحمه الله عليه في المقدمات عن المذهب لانه جمل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة، وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضية في الاموال قال الطبري يجوز أن تكون المرأة حاكماً على الاطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلافاً في اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضاً على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها في الاموال فتشبيها بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى حكمها نافذاً في كل شيء قال ان الاصل هو ان كل من يتأني منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ما خصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشرطة في استمرار ولايته وليست

شرطا في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضى في المذهب ما هي شرط في الجواز فهذا اذاولى عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنها ما هي شرط في الاستمرار وليست شرطا في الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ما حكم به الا أن يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحدا والشافعى يجيز أن يكون في المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان في اختيار احدهما وجب أن يقرعا عنده واما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامى هل يجوز أن يكون قاضيا والا بين جوازه لسكونه عليه الصلاة والسلام أميا وقال قوم لا يجوز وعن الشافعى القولان جميعا لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصا به لموضع المعجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضى شرط في صحة قضائه لا خلاف اعرف فيه. واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضى المدعيان ممن ليس بوالى على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعى في احد قولي لا يجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضى البلد

(الباب الثانى)

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضى يحكم في كل شئ من الحقوق كان حقا لله أو حقة للملأمةين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى وانه يعقد الا لكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الأئمة في المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر في الحياة ولا في غير ذلك من الولاية وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالا وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذى يترتب لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام: إنما انا بشر وانكم تختصمون الى فاعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو ما سمع منه فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فاتما اقطع له قطعة من النار. واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لا يحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور بالاموال والفروج في ذلك سواه لا يحل حكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا

وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له زوجة فقال الجمهور لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال أبو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية أن الحكم باللعان ثابت بالصرح وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ومحلها لغيره فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عاياه إلا بحكم الحاكم وكذلك إن كانت هي الكاذبة لأن زناها لا يوجب فرقتهما على قول أكثر الفقهاء والجمهور أن الفرقة هنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب .

(الباب الثالث فيما يكون به القضاء)

والقضاء يكون بأربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالإقرار أو بما تركب من هذه ففي هذا الباب أربعة فصول .

(الفصل الأول في الشهادة)

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجلس والعدد فاما عند الصفات المشبهة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها يختلف فيها فاما العدالة فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته مجتنباً للمحرمات والمكروهات وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وإن لا تعلم منه جرحه بسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أت جاءكم فاسق بلباء) الآية ولم يخافوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته الأمن كان فسقه من قبل القذف فإن أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وإن تاب والجمهور يقولون تقبل بسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) الآية الذين تابوا من بعد ذلك) إلى أقرب مذكور إليه أو على الجملة إلا ما خصه الإجماع وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فاتهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة . واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط

الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وإنما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لئلا يجنبوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز إذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا أنه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عدة لمالك في هذا إلا أنه مروى عن ابن الزبير قال الشافعي فإذا احتج محتج بهذا قيل له إن ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة وأما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وأنه لا تجوز شهادة الكافر إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك ورأوا أن الآية منسوخة وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لأن الأصل أنه هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير في الرد إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر في أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة وأما التهمة التي سببها المحبة فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الأمصار إلا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لآبيه وكذلك الأم لابنها وابنها لها وبما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر فإن مالكاً ردها وأبا حنيفة وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن وقل ابن أبي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعي ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لآخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعاً إلى أخيه يتاله بره وصلته ما عدا الأوزاعي فإنه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه عليه السلام أنه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرج أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوي على حضري لقلة شهود البدوي ما يقع في المصر فهذه

هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وإن كان فيه خلاف وأما العائقة الثانية وهم شريح وأبو نور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الأب لابنه فضلا عن سواء إذا كان الأب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) والأمر بالشئ يقتضى إجزاء المأمور به إلا ما خصه الإجماع من شهادة المرأة لنفسه . وأما من طريق النظر فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع أعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة . وأما النظر في العدد والجنس فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصري فإنه قال لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشيئها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى إلا ابن أبي ليلى فإنه قال لا بد من يمينه واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا في قبولهما في الحدود فالتى عليه الجمهور أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل إذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعنق ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق إلا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه إلا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعني النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعبوب النساء ولا خلاف في شئ من هذا إلا في الرضاع فإن أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترك في ذلك فمنهم فقال مالك يكفي في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الأمر وقيل وإن لم ينتشر وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لأن الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاتينية وقال قوم لا يكتفى في ذلك بأقل

من ثلاث وهو قول لا معنى له وأجاز أبو خنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك في انه مكروه

الفصل الثاني

واما الايمان فانهم انفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينه واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق للمدعى في اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطل ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعى اقوى سببا وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا يثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق أنكره فيه خصمه ثم وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع أم إنما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لان المدعى في الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو اقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى اقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التالف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذه الصفة ولأولئك أن يقولوا الاصل ما ذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله بالذي لا اله الا هو وأقويل فقهاء الامصار في صفتها متقاربة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لا يزيد عليها ويزيد الشافعي الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمسكان فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كلن مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف انه يحلف على المنبر وان كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احدهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال

الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال ابو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التغلظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فن قال انه يفهم منه ذلك قال لانه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث نجابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من حلف على منبري آتيا بمأثمته من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة ومكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه ايجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قال وكا أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام: من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وقال الفريق الآخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي واحداً وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد في الاموال وقال ابو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور أهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع اما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بأثر كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث يزيد بن ثابت وحديث جابر الإنا الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرج به البخاري وأما مالك فانما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسل واجب وأما السماع لمخالف لما فقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا يلسخ القرآن بالسنة الغير متواترة

وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد وأما من السنة فما خرج به البخاري،
ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا الى
النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهدك أو يمينه فقلت اذا يحلف ولا يبالي فقال
النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر
لحق الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض للحجة
كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الا يستوفي أقسام الحجة
للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في ان اليمين هي حجة أقوى المتداعيين
شبهة وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء
باليمين من المراتين فقال مالك يجوز لان المراتين قد أقيمتا مقام الواحد وقال الشافعي
لا يجوز له لانه انما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى
باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب .

الفصل الثالث

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء أيضاً اختلفوا في ذلك فقال
مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعى عليه لم يجب
للمدعى شيء بنفس النكول الا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقاله
أبو حنيفة وأصحابه وجهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول
وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع
الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في
كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى أردوها في غير التهمة ولا أردوها في التهمة
وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن اليمين تنقلب
ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد
أن بدا بالانتصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما
بنكول وشاهد واما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنية في الشهادة وليس يقضى
عند الشافعي بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لا ثبات
الدعوى واليمين لا بطلانها وجب ان نكل عن اليمين ان تحقق عليه الدعوى قالوا وأما
نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على انها دالة
المدعى عليه . فهذه اصول الحجج التي يقضى بها القاضي وبما اتفقوا عليه في هذا الباب
أنه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة

به أغنى إذا أشهد القاضى الذى يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين ان الحكم ثابت عنده أغنى المكتوب فى الكتاب الذى أرسله الى القاضى الثانى فشهدا عند القاضى الثانى انه كتابه وانه أشهدهم بثبونه وقد قيل انه يكتب فى بخط القاضى وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة ان أشهدهم على الكتابة ولم يقرأهم عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا فى العفاص والوكاء هل يقضى به فى المقطة دون شهادة أم لا بد فى ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعى لا بد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث وقول الغير أجرى على الأصول. ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه وذلك ان العلماء اجمعوا على ان القاضى يقضى بعلمه فى التعديل والتجريح وانه الى شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وأنه يقضى بعلمه فى اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه رأى أن يحضر القاضى شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك اجمعوا على أنه يقضى بعلمه فى تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذا لم يكن فى ذلك خلاف. واختلفوا اذا كان فى المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذا وقيل قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهناك سماع من كتاب أو سنة يخالف القياس وهو الاعل الا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذى ينبى أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء فى موضع من المواضع على الاثر مثل ما ينسب الى أبي حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على حد دون بينة او اقرارا ولا لا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك وأكثر أصحابه لا يقضى الا بالبينات أو الاقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعى والكوفى وأبو ثور وجاعة للقاضى أن يقضى بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التى منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أباجهم على صدقة فلاحاء رجل فى فرضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فاخبروه فأعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم أرضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال أرضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال أرضيتم قالوا نعم قال فهذا بين فى ان لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم واما من جهة المعنى فغلطتمة اللاحقة فى ذلك للقاضى وقد اجمعوا ان للتممة تأثيرا فى الشرع أنه لا يرث القاتل

عمدا عند الجمهور من قتله و منها ردهم شهادة الأب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء وأما عمدة من أجاز ذلك أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان. خذي ما يكفيك ووليك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو معلنون في حقه فاحرى أن يحكم بما هو عنده يقين وخصم أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه إلما لم يعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه في الحدود ويقضى في غير ذلك وخصم أيضا أبو حنيفة العلم الذي يقضى به فقال يقضى بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضى بما علمه قبل القضاء وروى عن عمرانه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم وقال بنص أصحاب مالك يقضى بعلمه في المجاس اعنى بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك. وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو اجزى على الأصول لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضى بدليل واحد كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

❦ الفصل الرابع في الاقرار ❦

وأما الاقرار إذا كان بيننا فلا خلاف في وجوب الحكم به وإنما النظر فيما يجوز اقراره ممن لا يجوز وإذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف أما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم وأما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم أن الاقرار مرة واحدة عامل في المال . وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فمن قبل احتمال اللفظ وأنت إن احببت أن تقف عليه فن كتاب الفروع .

❦ (الباب الرابع) ❦

وأما على من يقضى ولمن يقضى فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس ينهم عليه واختلفوا في قضائه لمن ينهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقد قوم يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فاما القضاء على الغائب فإن مالكا والشافعي قال لا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرباع المستعينة فعمدة من رأى القضاء حديث هند

المتقدم ولا حجة فيه لانه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فاما أقضى له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله الى اليمن لانتقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على النسي فان في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثاني انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث انه واجب على الامام أن يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط محيئهم للحاكم قوله تعالى «فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم» وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى «وأن احكم بينهم» ورأى ان هذا ناسخ لآية التحخير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج بأجاعتهم على ان النسي اذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

واما كيف يقضى القاضى فانهم اجمعوا على انه واجب عليه ان يسوى بين الخصمين في المجلس والا يسمع من احدهما دون الآخر وان يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان انكر المدعى عليه وان لم يكن له بينة فان كان في مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وان كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب الا مع شاهد واذا كان في مال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى ام لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهور فقهاء الامصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك لا تجب اليمين الا بالخلطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعوى الى تعنت بعضهم بعضا ومن هنا لم ير مالك اخلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذلك اخلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء في الذمة قاعدى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف في عقد وقع في عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى في عين وهو الذى يسمى استحقاقا فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع الا في النكاح وما لا يتكرر وقال غيره لا تسمع فى شيء وقال مالك والشافعي تسمع أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال له وملك فعمدة من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعى عليه فوجب

أن لا ينقلب الامر وكان ذلك عندها عبادة فهو سبب الخلاف هل تنفيذ بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تنفيذ ذلك فمن قال لا تنفيذ معنى زائدا قال لا معنى لها ومن قال تنفيذ اعتبرها فاذا قنا باعبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البيتين ولم تثبت احدهما أمرا زائدا مما لا يمكن أن يكرر في ملك ذي الملك فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البيتين ولا يعتبر الا كثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى أولى على أصله ولا ترجح عنه بالعدالة كما لا ترجح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعي ترجح بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه فان نكل يحلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شهادة له ولذلك جعل دليله اضعف الدليلين اعنى العيين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه واما اذا كان مالا في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك حتى يدين عدمه اما بطول السجن أو بالبينه ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاخره وبه قال احمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكى عن أبي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعي ينتقض واما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يغلو ان يكون ذلك قبل الحكم أو بعده فان كان قبل الحكم فلاكثران الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما اتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون في الغلط وقال الشافعي لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا بالدية وان اقرروا قيد منهم على قول اشهب ولم يقتض منهم على قول ابن القاسم.

(الباب السادس)

واما متى يقضى فنها ما يرجع الى حال القاضي في نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما متى يقضى القاضي فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضي حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارس التي تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما أعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهي يدل على فساد المنهى عنه واما

حتى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة المدعين أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا فمثل الاجناس والعتق ولا يسمع في غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذي يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه وهو اذا أقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الذي استحق الشيء من يده ان يخاصم فله ان يرجع ثمنه على البائع وان كان يحتاج في رجوعه به على البائع ان يوقفه عليه فيثبت شراؤه منه ان انكره أو يعترف له به ان أقر فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعي يشترط منه فان عطب في يد المستحق فهو ضامن له وان عطب في اثناء الحكم ممن ضمانه اختلف في ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم وأما بعد الثبات وقيل الحكم فهو من المستحق منه (قال القاضي) رضى الله عنه وينبغي أن تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الاحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم وقسم لا يقضى به الاحكام وهذا أكثره هو داخل في المندوب اليه وهذا المجلس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت الماطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أواخر كتبهم التي يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضا من هذا المجلس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبغي قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فنما يرجع إلى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا المجلس تدخل العبادات وهذه هي السنن الكرامية ومنها ما يرجع إلى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنن السنن الواردة في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المناكح ومنها ما يرجع إلى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هي اجناس السنن التي تقتضى العدل في الاموال والتي تقتضى العدل في الابدان وفي هذا المجلس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها السنن الواردة في جميع الاهوال وتقويمها وهي التي يقصد بها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهي المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الاثمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذي يسمى النهي عن المنكر والامر بالمعروف وهي المحبة

والبنفظة اى الدبيلة التى تكون اما من قبل الاخلاص بهذه السنن وامام من قبل
سوء المعتقد فى الشريعة واكثر ما يذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ما شذ
عن الاجناس الاربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة
الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط فى
تثبيت هذه الفضائل كل كتاب الا قضية وبكامله
كل جميع الديوان والحمد لله كثيرا
على ذلك كما هو أهله

تم الكتاب والحمد لله رب العالمين

قد تم بمون الله تعالى طبع هذا المؤلف الجليل الذى تفى شهرة مؤلفه عن نعمته
وكان جديرا أن يكون فى مقدمة الكتب المقرر تدريسها فى المعاهد الديلية لمنفعته
العظمى مع سهولة المأخذ وسلاسة العبارة وهذا والله ارجو ان يعين من وقف على
طبعه طبع غيره من نفائس الكتب

فهرست

الجزء الثاني

(من كتاب)

(بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

(للإمام ابن رشد)

صفحة

- ٢ (كتاب النكاح : وفيه خمسة أبواب)
- (الباب الاول في مقدمات النكاح وفيه أربع مسائل)
- المسألة الاولى في حكم النكاح
- ٣ د الثانية في خطبة النكاح
- د في حكم الخطبة على الخطبة
- د الرابعة حكم النظر الى المخطوبة
- الباب الثاني في موجبات صحة النكاح : وينقسم الى ثلاثة أركان
- الركن الاول في الكيفية : والنظر فيه في مواضع
- الموضع الاول . الاذن في النكاح
- ٤ الموضع الثاني فيمن المعتبر قبوله في صحة العقد
- ٦ الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخبار أم لا
- ٧ الركن الثاني الثاني في شروط العقد : وفيه فصول
- (الفصل الاول) في الاولياء : والنظر فيه أربع مواضع
- الموضع الاول في ان الولاية هل هي شرط في صحة النكاح أم لا
- ١٠ الموضع الثاني في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
- الموضع الثالث في أصناف الولاية عند القائلين بها
- ١١ مطلب في سبب اختلافهم في الجدة وفيه مسائل
- المسئلة الاولى في حكم الأبعد مع الأقرب

- ١٢ المسئلة الثانية فى غياب الولى الاقرب
- ١٣ المسئلة الثالثة فى حكم غيبة الاب عن ابنته البكر
- ١٤ الموضع الرابع فى عضل الاولياء
- ١٥ الفصل الثانى فى الشهادة
- ١٦ الفصل الثالث : فى الصداق وفيه مواضع
- الموضع الاول فى حكمه واركانه : وفيه أربع مسائل
- المسئلة الاولى فى حكمه
- » الثانية فى قدره
- » الثالثة فى جلسه ١٧
- ١٨ الموضع الثانى فى تقرر جميعه للزوجة
- ١٩ » الثالث فى تشطيره
- ٢٠ » الرابع فى التفويض : وفيه مسئلتان
- المسئلة الاولى فيما اذا طلبت المرأة ان يفرض لها الصداق
- ٢١ المسئلة الثانية فيما اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
- الموضع الخامس فى الاصدقة الفاسدة : وفيه خمس مسائل
- ٢٢ المسئلة الاولى فيما اذا كان الصداق خيراً الخ
- » الثانية فيما اذا اقترن بالمهر بيع —
- » الثالثة فيما اذا اشترط فى الصداق حياء الاب —
- ٢٣ » الرابعة فى الصداق يستحق أو يوجد به عيب
- » الخامسة فى الرجل على نفسه فى الصداق
- الموضع السادس فى اختلاف الزوجية فى الصداق
- ٢٤ الركن الثالث فى معرفة محل العقد : وفيه أربعة عشر فصلاً
- ٢٥ (الفصل الاول) فى مانع النسب
- ٢٦ (الفصل الثانى) مانع المصاهرة : وفيه أربعة مسائل
- المسئلة الاولى فى بنت الزوجة
- » الثانية فيما تحرم به بنت الزوجة
- » الثالثة فى حكم الام المفقود على بنتها ٢٨
- » الرابعة فى أن هل الزنا موجب للتحريم كالوطء فى نكاح أم لا
- ٢٩ (الفصل الثالث) فى مانع الرضاع : وفيه تسعة مسائل

- ٢٩ المسئلة الاولى في المقدار المحرم من اللبن
- ٣٠ » الثانية في رضاع الكبير
- » الثالثة في المولود يقطع قبل الحولين ثم ترضعه امرأة
- ٣١ » الرابعة في حكم ما يصل الى الحلق من غير رضاع
- » الخامسة في اللبن المحرم اذا استهلك في ماء أو غيره
- » السادسة هل يعتبر في ذلك الوصول الى الحلق أم لا
- » السابعة هل يصير الرجل الذي له الابن أبا للمرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا
- ٣٢ المسئلة الثامنة في الشهادة على الرضاع
- » التاسعة في صفة الرضاع
- ٣٣ (الفصل الرابع) في مانع الزنا
- » الخامس في مانع العدد
- ٣٤ » السادس في مانع الجمع
- ٣٥ » السابع في موانع الرق
- ٣٦ » الثامن في مانع الكفر
- ٣٧ » التاسع في مانع الاحرام
- ٣٨ » العاشر في مانع المرض
- » الحادى عشر في مانع اعدة
- ٣٩ » الثانى عشر في مانع الزوجية : وفيه مستثنان
- ٤٠ المسئلة الاولى فيما اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان
- المسئلة الثانية فيما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر
- ٤١ (الباب الثالث) في موجبات الخيار فى النكاح : وفيه أربعة فصول
- (القصل الاول) فى خيار الميوب
- ٥٢ » الثانى فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة
- ٤٣ » الثالث فى خير الفقد
- ٤٤ » الرابع فى خيار العتق
- (الباب الرابع) فى حقوق الزوجية
- ٤٥ (ائباب الخامس) فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها
- مطلب الانكحة المنهى عنها أربعة - الاول منها نكاح الشغار

حجيفة	
٤٧	الثاني نكاح المتعة
—	الثالث نكاح الخطبة على الخطبة
٤٨	الرابع نكاح المحلل
—	مطلب في الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع
—	مطلب في حكم الانكحة الفاسدة اذا وفعت
٥٠	(كتاب الطلاق) وينحصر في أربع جهل
—	المجلة الاولى في أنواع الطلاق وفيه خمسة أبواب
—	(أبواب الاول) في أن الطلاق بائن ورجعي : وفيه ثلاثة مسائل
—	المسئلة الاولى في حكم الطلاق بلفظ الثلاث
٥١	• الثانية في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق
٥٢	• الثالثة في كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق
—	(الباب الثاني) في معرفة الطلاق السني من البدعي : وفيه ثلاث مواضع
—	الموضع الاول هل من شرطه ان لا يتبهما طلاقا في العدة
٥٣	الموضع الثاني هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا
٥٣	الموضع الثالث في حكم من طلق وقت الحيض . وفي هذا الموضع أربع مسائل
٥٣	المسئلة الاولى هل يقع هذا الطلاق أم لا
٥٤	• الثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط
٥٤	• الثالثة متى بوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب
٥٤	• الرابعة متى يقع الاجبار
٥٥	(الباب الثالث) في الخلع وفيه أربعة فصول
٥٥	(الفصل الاول) في جواز وقوعه
٥٥	(الفصل الثاني) في شروط جواز وقوعه . وفيه أربع مسائل
٥٦	المسئلة الاولى في مقدار ما يجوز ان تخلع به
٥٦	• الثانية في صفة العوض
٥٦	• الثالث فيما يرجع الى احوال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز
٥٦	• الرابعة فيمن يجوز له الخلع ومن لا يجوز له

حقيقة

- ٥٧ (الفصل الثالث) في نوع الخلع أعنى هل هو طلاق أو فسخ
- ٥٨ (الفصل الرابع) فيما يلحق الخلع من الأحكام
- ٥٨ (الباب الرابع) في تمييز الطلاق من الخلع
- ٥٩ (الباب الخامس) في التخيير والتملك
- ٦٠ الجملة الثانية في أركان الطلاق . وفي هذه الجملة ثلاث أبواب
- ٦١ (الباب الأول) في ألفاظ الطلاق وشروطه وفيه فصلان
- ٦١ (الفصل الأول) في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة
- ٦١ مطلب فاما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان
- ٦٢ المسئلة الأولى ما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها
- ٦٢ • الثانية ما اختلفوا فيه وحكاية اختلافهم
- ٦٥ (الفصل الثاني) في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة
- ٦٧ (الباب الثاني) في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز
- ٦٩ (الباب الثالث) فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق
- ٧٠ الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق وفي هذه الجملة بابان
- ٧٠ (الباب الأول) في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي
- ٧١ (الباب الثاني) في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن
- ٧٣ الجملة الرابعة في أحكام المطلقات وفيها بابان
- (الباب الأول) في العدة وفيه فصلين
- (الفصل الأول) في عدة الزوجات وينقسم الى نوعين
- النوع الأول في معرفة العدة
- ٧٧ مطلب واما الزوجات غير الحرائر (١)
- ٧٨ النوع الثاني في معرفة أحكام العدة
- ٧٩ مطلب في الكلام على عدة الموت
- مطلب في الحامل يتوفى عنها زوجها
- ٨٠ الباب الثاني في المتعة
- ٨١ باب في بعث الحكيم

١ هذا المطلب هو الفصل الثاني في عدة ملك اليمين التي جعله المؤلف أحد فصول الباب الأول من الجملة الرابعة

- ٨٢ (كتاب الايلاء . وفيه عشر مسائل)
- ٨٣ المسئلة الاولى في اختلافهم هل تطلق المرأة بانتقضاء الاربعة أشهر للمضروبة
بالتص للمولى أم لا
- المسئلة الثانية في اليمين التي يكون بها الايلاء
- الثالثة في حقوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء
- ٨٤ • الرابعة في مدة الايلاء
- الخامسة في الطلاق الذي يقع بالايلاء
- السادسة هل يطلق القاضي اذا أبى النفي أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق
- السابعة هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها
- ٨٥ • الثامنة هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها
- التاسعة واما ايلاء العبد
- ٨٦ • العاشرة هل من شرط رجعة المولى أن يطأ في العدة ام لا
- ٨٥ (كتاب الظهار . وفيه سبعة فصول)
- ٨٦ (الفصل الاول) في نطق الظهار
- الثاني في شروط وجوب الكفارة
- ٨٨ • الثالث فيمن يصح فيه الظهار
- ٨٩ • الرابع فيما يحرم على المظاهر
- ٩٠ • الخامس هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح
- السادس هل الايلاء عليه
- ٩٢ • السابع في أحكام كفارة الظهار
- ٩٤ (كتاب اللعان . ويشتمل على خمسة فصول)
- ٩٥ (الفصل الاول) في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها
- ٩٧ • الثاني في صفات المتلاعنين
- الثالث في صفة اللعان
- ٩٨ • الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه
- ٩٩ • الخامس في الاحكام اللازمة لتام اللعان
- ١٠٠ (كتاب الاجداد)
- ١٠٢ (كتاب البيوع : وينقسم الى ستة أجزاء)

صحيفة

- ١٠٢ الجزء الاول في تعريف انواع البيوع المطلقة
- ١٠٣ • الثاني في تعريف أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة وفيه ابواب
- الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع
- وأما ما حرم بيعه وليس بنجس
- ١٠٥ (الباب الثاني) في بيع الربا وينحصر في أربعة فصول
- (الفصل الاول) في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا اللساء
- ١٠٦ • الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها اللساء
- الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا
- ١١١ • الرابع في معرفة ما يعد صتقا واحدا مما لا يعد صنفًا واحدا
- ١١١ مسألة واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم
- واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالمت
- ١١٣ • ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالخطة مثلا بمثل
- فصل وأما اختلافهم في بيع الربوى الرطب بعجله من اليبس الخ
- ١١٥ باب في بيع الذرائع الربوية
- ١١٥ مسألة في بيع الفوى بضمن ثم تشترطه بأكثر منه
- ١١٧ مطلب في بيع الطعام قبل قبضه وفيه ثلاثة فصول
- ١١٨ (الفصل الاول) فيما يشترط فيه القبض من المبيعات
- ١١٩ • الثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط
- ١٢٠ • الثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزأقا
- ١٢١ (الباب الثالث) في البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر
- ١٢٢ فصل وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها ففيها مسائل
- ١٣١ (الباب الرابع) في بيع الشروط والثنيا
- ١٣٥ (الباب الخامس) في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر او الغبن
- ١٣٦ فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان للبيع الخ
- فصل وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر لليادى
- ١٣٧ فصل وأما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجس الخ
- ١٣٨ (الباب السادس) في النهى من قبل وقت العبادات
- ١٣٩ القسم الثاني في الاسباب والشروط المصححة للبيع: وفيه ثلاثة أبواب
- (٢٦٤ - ج ٢)

صحيحة

- ١٣٩ (الباب الاول) في العقد وفيه أركان
الركن الاول في صيغ العقد
١٤١ » الثاني في العقود عليه
» الثالث في العاقدين
١٤٢ القسم الثالث القول في الاحكام العامة لليوع الصحيحة : وفيه أربع مجل
الجملة الاولى في أحكام وجود العيب في المبيعات : وفيها بابان
١٤٢ (الباب الاول) في أحكام العيوب في البيع المطلق : وفيه خمسة فصول
١٤٣ الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها حكم بوجود العيب من التي لا يجب ذلك فيها
— » الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكمة وما شرطها الموجب للحكم
فيها وفي هذا الفصل نظران
— النظر الاول في العيوب التي توجب الحكمة
١٤٤ » الثاني في الشرط الموجب له
١٤٦ (الفصل الثالث) في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير
— فصل وإذا قد قلنا ان المشتري الخ
١٤٧ مطلب وأما المسئلة الثانية في رجلين يتناظر شيئا واحدا الخ
— (الفصل الرابع) في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها
١٤٩ باب في طرود النقصان
١٥٠ (الفصل الخامس) في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين
١٥١ (الباب الثاني) في بيع البراءة
١٥٣ القول في الجوائح وينحصر في أربعة فصول
١٥٤ (الفصل الاول) في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح
— » الثاني في محل الجوائح من المبيعات
— » الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه
١٥٥ » الرابع في الوقت الذي يوضع فيه
— الجملة الثالثة في تابعات المبيعات : وفيه مسثلتان
— المسئلة الاولى في بيع النخل وفيها الثمر
١٥٦ » الثانية في بيع مال العبد
١٥٧ الجملة الرابعة في اختلاف المتبايعين

صحيفة

- ١٥٨ القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع
- ١٦٠ (كتاب الصرف : وفيه مسائل)
- ١٦١ المسئلة الاولى في بيع الذهب بالذهب وحكمه
- ١٦٢ المسئلة الثانية في السيف والمصحف المحلى ببيع بالفضة
- المسئلة الثالثة في شرط الصرف
- • الرابعة في من اسطرق دراهم بدنانير الخ
- ١٦٣ • الخامسة أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة في الذهب الخ
- ١٦٤ • السادسة في الرجلين يكون لاحدهما على الآخر دنانير وللآخر عليه دراهم
- ١٦٥ • السابعة في البيع والصرف في مذهب مالك
- • (كتاب السلم : وفيه ثلاثة أبواب)
- • الباب الاول في محله وشروطه
- ١٦٦ مطلب وأما شروطه فنبا يجمع عليها ومنها مختلف فيها
- ١٦٨ (الباب الثاني) فيما يجوز من المسلم بدل ما انعمد عليه المسلم : وفيه مسائل
- مسئلة فيمن أسلم في ثيء من الثمر وتعدر تسليمه
- ١٦٩ • في مبيع المسلم فيه اذا كان الاجل من المسلم اليه
- ١٧٠ • في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه الخ
- • فيما اذا ندم المتبايع في السلم فطلب الاقالة
- • فيما اذا كان لرجل على رجل الى أجل الخ
- ١٧١ مسئلة فيمن أسلم الى آخر او باع منه طعاما على مكيلة ما الخ
- (الباب الثالث) في اختلاف المتبايعين في السلم
- ١٧٢ (كتاب بيع الخيار والنظر في أصول هذا الباب . وفيه مسائل)
- ١٧٤ مطلب وأما المسئلة الخامسة هل يورث خيار المبيع أم لا
- ١٧٥ • • • السادسة فيمن يصح خياره
- ١٧٦ (كتاب بيع المراجعة : وفيه بابان)
- (الباب الاول) فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذي يجوز
- ان يلغى عليه الرجح
- ١٧٧ (الباب الثاني) في حكم ما وقع من الزيادة أو القصر في خير البائع بالتمن

صحيفة

- ١٧٨ (كتاب بيع العرية)
١٨١ (كتاب الاجارات : ويقسم الى قسمين
— القسم الاول في انواعها وشروط الصحة والفساد
١٨٤ مطلب وأما اجارة المؤذن الخ
١٨٨ القسم الثانى في معرفة أحكام الاجارات : وينحصر في جملتين
١٨٨ الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه
١٨٩ الثانية في أحكام الطوارئ وفيها ثلاثة فصول
— (الفصل الاول) منه وهو النظر في الفسوح
١٩٠ الثانية وهو النظر في الضمان
١٩٢ الثالث وهو النظر في الاختلاف
١٩٤ (كتاب الجملى)
١٩٥ (كتاب القراض : وفيه ثلاثة أبواب)
— (الباب الاول) في محله
١٩٦ الثانية في مسائل الشروط
١٩٨ القول في احكام القراض
١٩٩ د الطوارئ
٢٠٠ د القراض الفاسد
٢٠١ د في اختلاف المتقارضين
(كتاب المساقات)
— القول في جواز المساقاة
٢٠٣ القول في صحة المساقاة : وفيه أربعة أركان
— الركن الاول في محل المساقات
٢٠٤ الركن الثانى فى العمل
٢٠٥ الركن الثالث فى صفة العمل الذى تنعقد عليه
الركن الرابع فى المدة التى يجوز فيها وتنعقد عليها
٢٠٦ القول فى أحكام الصحة فى المساقاة
٢٠٧ أحكام المساقاة الفاسدة
(كتاب الشركة)

صحيفة

- ٢٠٨ القول في شركة العنان وفيه ثلاثة أركان
- ٢٠٨ الركن الاول محلها من الاموال : وفيه ثلاث مسائل
- المسئلة الاولى فيما اذا اشرك في صنفين من العروض
- المسئلة الثانية فيما اذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما اللساء
- ٢٠٩ المسئلة الثالثة في الشركة بالطعام من صنف واحد
- الركن الثانى في معرفة الربح من قدر المال المشترك فيه
- الركن الثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال
- ٢١٠ القول في شركة المفاوضة
- القول في شركة الابدان
- ٢١١ القول في شركة الوجوه
- القول في أحكام الشركة الصحيحة
- ٢١٢ (كتاب الشفعة : وفيه قسمان)
- القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه
- الركن الاول في الشافع
- ٢١٣ الركن الثانى في المشفوع عليه
- ٢١٤ » الثالث في المشفوع فيه
- » الرابع في الاخذ بالشفعة : وفيه مسائل
- ٢١٥ المسئلة الاولى في كيفية توزيع المشفوع فيه
- ٢١٦ » الثانية في الاشتراك للذين هم عصبه في الشفعة
- ٢١٨ القسم الثانى في أحكام الشفعة
- ٢١٩ (كتاب القسمة والنظر فيها وفيه أبواب)
- (الباب الاول) في انواع القسمة
- القسم الاول من هذا الباب في قسمة رقاب الاموال
- ٢٢٠ القسم الثانى وأما الرقاب فتتقسم الى ثلاثة اقسام
- (الفصل الاول) في الرباع والاصول
- ٢٢٢ » الثانى في العروض
- » الثالث في المكيل والموزون
- ٢٢٣ القول في القسم الثانى وهو قسمة المنافع

- صحيفة
- ٢٢٤ » في الاحكام والقسمة من العقود اللازمة
- ٢٢٥ (كتاب الرهن)
- الركن الاول في الرهن
- ٢٢٦ » الثاني في الرهن
- الثالث في الرهن فيه
- ٢٢٧ القول في الشروط
- ٢٢٨ » في الاحكام
- مطلب ومن مسائل هذا الباب اختلافهم في تمام الرهن المنفصل
- ٢٣١ (كتاب الحجر : وفيه ثلاثة أبواب)
- (الباب الاول) في أصناف المحجورين
- ٢٣٢ » الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم
- ٢٣٤ الباب الثالث في معرفة احكام افعالهم في الرد والاجازة
- ٢٣٥ (كتاب التفليس)
- ٢٤٣ (كتاب الصلح)
- ٢٤٤ (كتاب الكفالة)
- ٢٤٧ (كتاب الحوالة)
- ٢٤٩ (كتاب الوكالة . وفيها ثلاثة أبواب)
- (الباب الاول) في اركانها . الركن الاول في الموكل
- ٢٥٠ الركن الثاني في الوكيل وشروطه
- الركن الثالث فيما فيه التوكيل
- ٢٥٠ الركن الرابع في معنى الوكالة
- (الباب الثاني) في أحكام الوكالة
- ٢٥١ (الباب الثالث) في مخالفة الموكل لوكيل
- ٢٥٢ (كتاب المقتطعة — والنظر فيه في جملتين)
- الجملة الاولى في أركانها
- ٢٥٣ الجملة الثانية في أحكامها
- ٢٥٦ باب في المقتطعة والنظر في أحكام الالتقاط والمقتط

مخيفة

- ٢٥٧ (كتاب الودعة)
٢٥٩ (كتاب العارية)
٢٦٢ (كتاب الغصب وفيه بابان . الاول في الضمان وفيه اركان)
— الركن الاول في بيان الموجب للضمان
— الثاني فيما يجب فيه الضمان
٢٦٣ الثالث في الواجب في الغصب والواجب على الفاسد
— (الباب الثاني) في الطوارئ على المنصوب
٢٧٠ (كتاب الاستحقاق واحكامه)
٢٧١ (كتاب الهبة)
٢٧٤ القول في أنواع الهبات
٢٧٦ د في أحكام الهبات
٢٧٧ (كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم الى قسمين)
— القسم الاول النظر في الاركان — الركن الاول الموصى
٢٧٨ القول في الموصى به
٢٧٩ د في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية
— د في الاحكام وهو القسم الثاني
٢٨١ « كتاب الفرائض »
٢٨٢ مطلب في ميراث الصلب
٢٨٤ مطلب في ميراث الزوجات
د في ميراث الاب والام
٢٨٥ د في ميراث الاخوة للام
٢٨٦ د في ميراث الاخوة للاب والام أو للاب
٢٨٧ د في ميراث الجد
٢٩٠ د في ميراث الجدات
٢٩٢ باب في الحجب
٣٠٠ د في الولاء وفيه مسائل مشهورة
المسئلة الاولى في أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولائه له
د الثانية فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولائه له أو لا

صحيفة

- ٣٠١ المسئلة الثالثة فيما اذا قال السيد لعبده أنت سائبة
• الرابعة في العبد المسلم اذا اعتقه النصراني
المسئلة الخامسة في ان النساء ليس هن مدخل في وراثة لولاء الامن باشر (عتقه بانفسهن
٣٠٢ مطلب في ترتيب أهل الولاء في الولاء
٣٠٣ (كتاب العتق)
٣١٠ (كتاب الكتابة)
القول في مسائل العقد
٣١٣ • في المكاتب - وفيه خمسة أجناس
٣١٤ المجلس الاول متى يخرج المكاتب من الرق
٣١٥ • الثاني متى يرق المكاتب
٣١٣ • الثالث في حكم المكاتب اذا مات قبل أن يؤدي الكتابة
٣١٦ • الرابع فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل
• الخامس فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر
٣١٩ مطلب في شروط الكتابة
٣٢١ (كتاب التدبير والكلام على أركانه وأحكامه)
٣٢١ الركن الاول في أركانه
وأما أحكامه فاصولها راجعة الى أجناس خمسة
٣٢٣ المجلس الاول مما اذا يخرج المدير
• الثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه
٣٢٤ • الثالث مما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه
٣٢٥ • الرابع في مبطلات التدبير الطارئة عليه
• الخامس في أحكام تبويض التدبير
(كتاب أمهات الاولاد : وفيه مسائل)
٣٢٧ (كتاب الجنایات)
٣٢٨ (كتاب القصاص : وينقسم الى قسمين)
القسم الاول القصاص في النفوس
القول في شروط القاتل

صحيفة

- ٣٣٢ القول في الموجب
٣٣٥ القول في القصاص
٣٣٦ كتاب الجراح
— القول في الجراح
— « في المجروح
٣٣٧ « في الجرح
٣٣٨ مطلب متى يستفاد من العرج
٣٣٩ (كتاب الديات في النفوس)
٣٤٤ مطلب ومما يدخل في هذا الباب دية الجنين
٣٤٧ (كتاب الديات فيما دون النفس)
٣٤٩ القول في ديات الاعضاء
٣٥٤ (كتاب القسامة وفيه مسائل)
— المسئلة الاولى في وجوب الحكم بها على الجملة
٣٥٥ المسئلة الثانية في اختلاف العلماء بالقسامة فيما يجب بها
٣٥٦ المسئلة الثالثة اختلافهم فيمن يبدأ بالايمان المحسنين
٣٥٧ المسئلة الرابعة في موجب القسامة عند القائلين بها
٣٥٩ (كتاب الاحكام في الزنا)
— (الباب الاول) في تعريف الزنا
٣٦٠ (الباب الثاني) في أصناف الزنا
٣٦٣ (الباب الثالث) في العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما يثبت به الزنا
٣٦٥ (كتاب القذف)
٣٦٨ باب في شرب الخمر والكلام على هذه الجناية
٢٦٩ فصل واما بماذا يثبت هذا الحد الخ
— (كتاب السرقة)
٣٧٣ فصل واما جلس المسروق فان العلماء الخ
٣٧٤ القول في الواجب في هذه الجناية
٣٧٦ القول فيما تثبت به السرقة
« كتاب الحراية وفيه ابواب »

صحيفة

- ٣٧٧ « الباب الاول » النظر في الحراية
— « الباب الثانى » النظر في المحارب
— « الباب الثالث » فيما يجب على المحارب
٣٧٩ (الباب الرابع) فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة
— (الباب الخامس) بماذا تثبت هذه الجناية
٣٨٠ فصل فى حكم المحاربين على التأويل
— باب فى حكم المرتد
٣٨١ (كتاب الاقضية) وفيه ستة أبواب
— (الباب الاول) فى معرفة من يجوز قضاؤه
٣٨٢ (الباب الثانى) فى معرفة ما يقضى به
٣٨٣ (الباب الثالث) فى معرفة ما يقضى فيه وفيه فصول
— الفصل الاول فى الشهادة
٣٨٦ الفصل الثانى فى الايمان
٣٨٨ الفصل الثالث فى النكول
٣٩٥ الفصل الرابع فى الاقرار
٣٩٠ (الباب الرابع) فى معرفة من يقضى عليه أوله
٣٩١ (الباب الخامس) فى كيفية القضاء
٣٩٢ (الباب السادس) فى وقت القضاء

(تمت الفهرست)



ورد لنا الجواب الآتى من صاحب الامضاء يقرظ فيه ابن رشد وكتابه فنشرناه
هنا للمطالع ليقف على مكانة المؤلف وتأليفه : وهذا نصه

سیدی

سلاما واحتراما وبعد فان كتاب ابن رشد القدى بeshمويه من مرقدہ وأنبتويه نباتا
حسنا قد وقع منا مواقع الماء من ذى الغلة الصادى وأكبرنا روح ذلك الفيلسوف العظيم
فقباما ببعض ما يجب نحو أبطال الرجال أرسلنا اليكم هذه الكلمة لتدرج مع
الكتاب ولا زلت سباق غايات منقبا عنها ينفع امتك ووطنك حائزا شكرا لجميع

﴿ وهامى الكلمة ﴾

الى الحكيم الراقد فى جدته الهائىء بمضجيه تحفه مسحة من النور الالهى وعليه
حارس من الهابة وسياج من الاجلال

أهدى غايات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمات فه أنت أينما
الروح الحائدة العائدة الى محلها الارفع فقد هبطت علينا من طامك العالى وطلعت علينا
طلوع القمر على خابط ليل ضل السيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث
أصاب أرضا قابلة فأنبتت الكلاء والعشب وأصاب منها الكثير

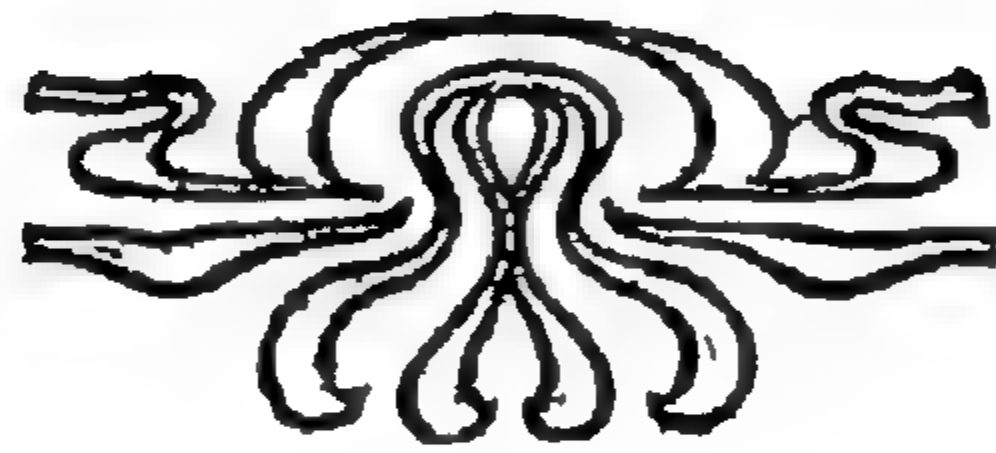
أقت فينا ماشاء الله أن تقومى وخلفت لك آثاراً جعلت لك مقعد صدق فى كل
نفس ثم عدت سيرتك الاولى

بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك وماواك وتأويبك ومسراك أى جوحواك
وأى آمال وسعدك وأى جسم تحمل ما ترومين

وإذا كانت النفوس كبارا * نعت فى مرادها الاجسام

بيننا نراك بين يدي فيناغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاويقها
وأعلتك درها وأهملتك خيرها فلا يغفلن انك تعلمين غيرها اذا انت وقد وضعتك الشريعة
بين الحشا والفؤاد وسهلت لك حزونها ووردت منهلا عذبا زاخرا عبايه وسائغا شرابه
وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد
ضمن الدر الا انه كلم

أنزه في رياض العلم نفسى ✽ وأغدو في مسارحها وأمسى
أمتع ناظري فيما حوته ✽ وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤوس الراح عندي ✽ ومن خد الأطباء خدود طرس
وقد ردت الرياض فشتت روضا ✽ به قد غبت عن نفسي وحسى
كان خلال أسطوره بحارا ✽ تدفق بالمعارف بعد رمسى
كتاب حاكه فكر (ابن رشد) ✽ وأخرج آية في كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا ✽ كما طرد الدجنة ضوء شمس
محمد أحمد عرفه



اعلان

من المكتبة الجديدة ومطبعتهما

لصاحبهما

محمد علي صديق

(وولده محمد عز الصباغ بميدان الازهر بمصر)

قد نالت المكتبة الجديدة شهرة تامة ونالت ثقة الجمهور بفضل عناية صاحبهما
وشرف معاملته وجودة بضاعتها بكل معنى الكلمة واكتسبت اقبالا عظيما لوجود كل
المطبوعات الحديثة والقديمة باثمان معتدلة فن لم يسبق لنا شرف معرفته فليشرفنا
بمري ما يسره وما راء كن سمع

(جميع الخطابات والتحاويل والشيكات ترسل بالعنوان الموضح أعلاه)

توجد بمحلنا مطبعة ذات حروف رائقة وهي معدة لطبع كافة الكتب والاعلانات
على أحسن واتقن نمق وأجود طبع

المطبعة مسـمـة لطبع الكتب بجميع اللغات العربية والملايو والجاوى وتسهلا
لمصالح جعلنا أجرة الطبع متهاودة جدا والذي يشرفنا يتحقق له ما يئناه
وقد أحضرنا الى محلنا عمالا لهم الماسام تام بصناعة التجليد العربي والافرنجى
على أحسن طرز فن احتاج للتجليد وشرفنا يجد ما يسره من حسن
المعاملة واتقان العمل

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

هو كتاب من خير ما أخرج للناس في علم الفقه ألفه الفيلسوف أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي ، ورأينا أن الكتاب جدير بعناية في الطبع تلاميذ مركزه الممتازين أمهات الكتب الدينية فاختارنا له أجود أنواع الورق وطبعناه طبعا متقنا وثمنه ٢٠ قرش صاغ
اطلبه من مكتبتنا ولا يفتك اقتناؤه فهو خيرة من النخائر التي يحفظها الآباء للأبناء

النبيدي شرح الشرقاوي

٣ أجزاء

كتاب قيم ، وسفر جليل ، غنيا بطبعه ، طبعا متقنا على ورق جيد ومعنى بتصحيحه حتى صار درة قيمة ترين المكاتب وتبهر الأفهام فاحرص على اقتنائه واطلبه من مكتبتنا وثمنه ٣٥ قرش صاغ

مصحف شريف

وعليه تفسير البيضاوي

بخط الحافظ عثمان

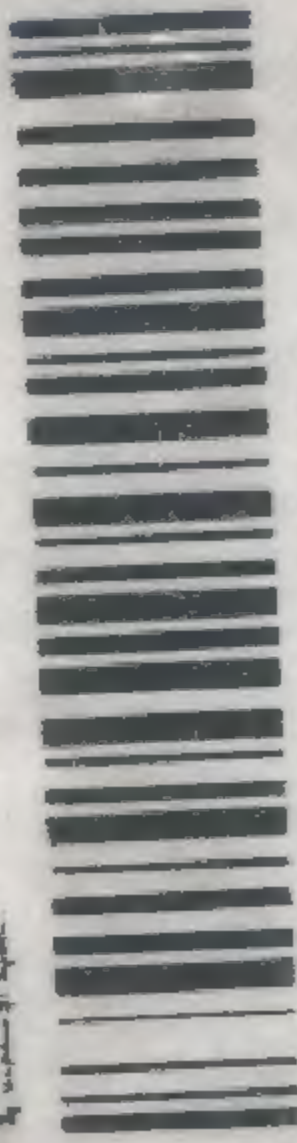
أنت كسليم يتختم عليك أن تحيط بأسرار القرآن ، ولن تستطيع ذلك إلا إذا اعتمدت على مفسر من خيرة المفسرين ، ولا يحد أسلس وأوجز من تفسير البيضاوي .
لذلك اخترناه على مصحف بخط الحافظ عثمان وطبعناه طبعا جيلا فاطلبه من مكتبتنا وثمنه ٣٠ قرش صاغ

الكتب الموضحة أدناه تطلب من مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح
الكتبي بميدان الازهر الشريف بمصر وترسل لمن يرسل نصف الثمن مقدما

عدد أجزاء الكتاب	ص
٣ كتاب الشريعة على الزيدى (مختصر البخارى)	٣٠
٤ » سبل السلام شرح بلوغ المرام (حديث شريف)	٣٠
١ » تفسير القرآن للإمام اليعاقبة المتوفى سنة ٦١٥ على هامش مصحف	
خط الحافظ عثمان	٢٠
٢ تفسير القرآن المسمى الفوائج الالهيه والمفاتيح الغيبية لتعجبوانى	٣٠
٤ تفسير القرآن للإمام النسفى	٢٠
٢ مختارات الصائغ (كشكول لجميع العلوم)	٢٠
٤ الصبان على الاشمونى بتقريرات العلامة الانبانى	٢٠
٢ الاشارات لابن سينا وشرحها للطوسى والرازى فى الفلسفة والاخلاق	١٠
٢ شرح دليل الطالب فى فقه السادة اخيلية	١٠
١ مطالع الانظار على طوابع الانوار	١٠
١ خلاصة اسماء رجال الحديث	١٠
١ شرح المقاصد جزء أول فقط	١٠
٢ الانوار لأعمال الابرار للاردبيلي فى فقه السادة الشافعية	٢٠
١ رسائل ابن عابدين	١٥
١ مقامات العلامة الحريرى مشروحة	١٠
١ البصائر النصيرية فى المنطق (طبعه مبرى)	١٠
٢ نزهة الجليس والانبس فى الادب	٢٥
١ ثمرات الاوراق فيما طاب من نوادر الادب وراق	١٠
١ حوائى المقولات جميعها	١٠
١ صاحب الانيس فى التوحيد	١
١ اقتضاء الصراط المستقيم لمخالفة أصحاب الجحيم لابن تيمية	٨
١ السياسة الشرعية للراعى والرعية لابن تيمية	٢
٢ فتوح الشام للواقدى	١٠
١ مرآة الشروح المسمى سلم العلوم	١٠
١ درة التنزيل وغرة التأويل فى مشاهات القرآن الجليل	١٠

عدد اجزاء الكتاب	
٨	١ جامع الاصول في الاولياء للنقشبندية
٥	١ القول المفيد على وسيلة العبيد في علم التوحيد للشيخ بخيت
٢٠	٤ نسائك الهداية لشرح الهداية فقه حنفى
١٥	٢ جمع الهوامع على جمع الجوامع للسيوطى
١٥	٢ الدرر اللوامع للشنقيطى
١٥	٢ جواهر الفصوص شرح جواهر النصوص لابن العربى
٣	٢ فتح رب البرية شرح الاجرومية للمريوطى
٢	١ تاج الملوك المسمى بدرة الانوار لابن الحاج التلمسانى
٣	١ كنوز الصحة ويواقيت المنحة للدكتور كلوت بك
٢٥	٦ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزبلى طبعه ميرى
١٠٠	٨ معجم البلدان لياقوت الحموى
	٣ تذكرة الحكيم داود الانطاكى بالذيل (أكبر كتاب في الطب القديم والحديث)
١٥	طبعه مصححة
٥٠	٢ الفتاوى الاسعدية في فقه السادة الحنفية
٣٠	١ عدة أرباب الفتوى طبعه ميرى
٢٠	٣ شرح التلويح على التوضيح
١٥	١٠ الصنائع في الكتابة والشعر
٧	١ مختار الصحاح طبعه صغيرة للعجيب (مجلد قماش مذهب)
٨	١ مناقب النقشبندية المسمى الانوار القدسية
٢	١ مجموع الاوراد للسادة الشاذلية القاوقجية
١	١ حرز الجوشن الكبير ومعه شرح بسيط
١	١ بصرى الانام بفضائل وأحكام الصيام على المذاهب الاربع الاعلام
٢	١ دلائل الخيرات في الصلاة على النبي المختار خط عال جدا كبيرة مذهبه جلد قماش
٥	١ الالفاظ الكتابية للهمداني
١٠	١ سقط الزند لابي العلاء المعرى
٤	١ مواقع النجوم وبيان الاهله لسيدى محيى الدين بن العربى
٨	١ محصل أفكار المتقدمين والمتأخرين
٣	١ الجوهر المنظم في زيارة القبر الشريف المعظم

Bibliotheca Alexandrina



0437310